This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 771 059

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

GERMANY

Lehrbuch

der

Institutionen

des

römischen Rechtes

von

Theodor Marezoll.

Achte, umgearbeitete Auflage.

Leipzig, 1866.

Verlag von Johann Ambrosius Barth.

Rec. June 4, 1902

Vorrede

zu der ersten Auflage.

Es gehört ein gewisser Grad von Selbstverleugnung dazu, zu einer Zeit, wo die Ansprüche an dergleichen Bearbeitungen des römischen Civilrechtes, sowohl in Rücksicht des Systemes, als in Rücksicht des Umfanges des darin abzuhandelnden Materiales, so hoch gesteigert worden sind, mit einem, dem Systeme nach, so einfachen, dem Umfange nach, so kurzen und zusammengedrängten Lehrbuche der Institutionen hervorzutreten. Aber gerade möglichste Einfachheit des Systemes und ein solches Concentriren des reichhaltigen Stoffes, wie es ihm den Bedürfnissen eines für den ersten Unterricht im Rechte bestimmten Lehrbuches angemessen erschien, war der Hauptzweck des Verfassers.

Das System, welches hier zum Grunde gelegt worden, macht im Allgemeinen keinen Anspruch auf Neuheit und Originalität. Es ist vielmehr, seinen Grundzügen nach, das längst bekannte System, welches wir, nach dem Vorgange älterer, ähnlicher Rechtsbücher, in Justinian's Institutionen befolgt finden und deßhalb das römische Institutionensystem zu nennen pflegen. Nur einzelne Modificationen, welche, mit möglichster Schonung des

Ganzen, die Entfernung gewiſſer, dieſem Syſteme nicht mit Unrecht gemachter Vorwürfe bezwecken, hat der Verfaſſer, zum Theil auf andere Art, als bisher gewöhnlich war, verſucht, ſich dafür aber auch, auf der anderen Seite, da, wo ihm ſolche Gründe nicht vorzuliegen ſchienen, weit ſtrenger, als ſonſt geſchieht, an jenes römiſche Syſtem angeſchloſſen. Manche ſcheinbare Neuerungen werden ſich aus dieſem letzteren Geſichtspunkte einfach erklären, dadurch erſt in ihr richtiges Licht geſtellt werden und deßhalb vielleicht durch ihre Conſequenz ſich empfehlen. Selbſt da, wo er ſich Abweichungen erlaubt hat, z. B. bei der Trennung des Perſonenrechtes von dem Familienrechte, glaubt der Verfaſſer, durch Andeutungen und ſcharfe Hervorhebungen des römiſchen Geſichtspunktes, dafür geſorgt zu haben, daß dadurch weder der Geiſt des römiſchen Syſtemes verwiſcht, noch der ſonſtige geſchichtliche Faden deſſelben gewaltſam zerriſſen worden iſt.

Weiter iſt der Verfaſſer abſichtlich nicht gegangen. Mögen nämlich immerhin die vielen neueren Verſuche, das römiſche Privatrecht in ein anderes Syſtem zu bringen, einen hohen wiſſenſchaftlichen Werth haben, mögen ſie ferner für die Bearbeitung des heutigen römiſchen Rechtes, alſo für die Lehr- und Handbücher der Pandekten, ſogar als ein weſentliches Zeitbedürfniß erſcheinen. Dennoch hat ſich der Verfaſſer, nach mancherlei gemachten Verſuchen und Erfahrungen, immer wieder von Neuem überzeugt, daß da, wo es der erſten Einleitung in das Studium des römiſchen Rechtes und einer geſchichtlichen Entwickelung deſſelben gilt, das ſ. g. römiſche Inſtitutio-

nensyſtem, eben darum, weil es das römiſche iſt, weil es ſo mannigfach mit dem geſchichtlichen Bildungsgange des Rechtes zuſammenhängt und die eigenthümlichen Grundanſichten deſſelben ſo ſcharf hervorhebt, überwiegende Vortheile darbietet. Auch werden alle neuere Syſtemsverſuche nur demjenigen, welcher ſich mit dem römiſchen ſchon ganz vertraut gemacht hat, verſtändlich und erſprießlich ſein. So ſchließen ſich, auch in dieſer Hinſicht, die Inſtitutionen und Pandekten ergänzend an einander.

In Rückſicht des aufzunehmenden Materiales iſt der Verfaſſer nicht ſowohl darauf bedacht geweſen, recht viel von demjenigen, was, nach der jetzt herrſchenden Methode, in den Inſtitutionenkreis hineingezogen zu werden pflegt, abzuhandeln und wenigſtens mit kurzer Andeutung zu berühren, als vielmehr darauf, ſich auf das Nothwendigſte zu beſchränken. Denn, wie es ſcheint, hat man in der neueren Zeit nicht ſelten, in freilich guter Abſicht und unter dem ſehr ſcheinbaren Vorwande einer gewiſſen Vollſtändigkeit, die Grenzen der Inſtitutionen und Pandekten, auf eine keinen von beiden erſprießliche Weiſe, zuſammenfließen laſſen. Viel hängt freilich im Einzelnen von der individuellen Anſicht ab, und es läßt ſich daher oft über die Frage, ob beſtimmte Materien ſchon in den Inſtitutionen ihren Platz finden ſollen, oder wie weit, nicht füglich ſtreiten. Auch iſt nicht zu überſehen, daß Manches, was in den Paragraphen ſelbſt nicht beſonders hervorgehoben worden, doch in den beigefügten Belegſtellen hinreichend angedeutet und abſichtlich nur dem mündlichen Vortrage überlaſſen worden iſt.

Eine Eigenthümlichkeit dieſes Lehrbuches beſteht nämlich darin, daß nicht für jeden einzelnen Grundſatz, den die Paragraphen aufſtellen, in den Noten die Rechtsquellen vollſtändig citirt, ſondern dafür einige paſſende Stellen daraus unmittelbar angehängt und gewiſſermaaßen zum integrirenden Theile des Haupttextes ſelbſt erhoben worden ſind. Dabei konnte und durfte die Abſicht keineswegs die ſein, Alles mit Beweisſtellen zu belegen, ein Verfahren, das überhaupt für die Inſtitutionenvorleſungen ſchwerlich Empfehlung verdient. Denn, je mehr Quellen in den Noten citirt werden, deſto weniger erreichen ſie ihren Zweck, indem die Menge und die Schwierigkeit, die oft langen und dunkelen Stellen zu verſtehen, die noch Ungeübten abſchreckt. Erſt für die Pandektenlehrbücher erſcheint das als ein Bedürfniß. Dennoch iſt es gewiß höchſt wünſchenswerth, daß ſchon möglichſt früh, bei der erſten Einleitung, der Studirende dazu veranlaßt wird, ſich mit den verſchiedenartigen Quellen des römiſchen Rechtes, ihrer Sprache und Eigenthümlichkeit einigermaaßen vertraut zu machen. Dieſen Zweck glaubte der Verfaſſer auf dem von ihm verſuchten Wege am beſten erreichen zu können. Daher die eigenthümliche Stellung der Bruchſtücke aus unſeren Rechtsquellen, wodurch ſie nur eine lateiniſche Fortſetzung der Paragraphen ſelbſt bilden. Daher ihre, durch die Anordnung beförderte innere Verbindung, wodurch ſie, ſo viel als möglich, als fortlaufender Commentar erſcheinen. Daher die Wahl ſolcher Stellen, deren Verſtehen ſchon dem Ungeübten zugemuthet werden kann, wohin beſonders die einſchlagenden Inſtitutionen-

ſtellen gehörten. Daher endlich ſind auch aus allen Rechtsquellen, von den älteſten bis auf Juſtinian's Novellen, Bruchſtücke entlehnt worden, um ſchon früh auf die verſchiedene Sprachform aller dieſer Quellen und den darin herrſchenden verſchiedenen Geiſt aufmerkſam zu machen. So erklärt es ſich denn auch einfach, warum ſo manche, in anderer Beziehung für die Interpretation des römiſchen Rechtes höchſt intereſſante Stellen, weil ſie ſich für den angegebenen Zweck nicht eigneten, weggelaſſen werden mußten. Eben ſo wenig kann es wohl billigerweiſe zum Vorwurfe gereichen, daß für manche wichtige Lehren unverhältnißmäßig wenig Stellen abgedruckt worden ſind. Denn, wer ſelbſt den Verſuch gemacht hat, z. B. für die Lehre von dem Beſitze, von der rei vindicatio u. ſ. w. Stellen zu ſammeln, welche ſich für den angegebenen Zweck eignen und nicht, durch das Einmiſchen einer Menge ſpecieller Fragen und Unterſuchungen, welche den Inſtitutionen noch fremd bleiben müſſen, eher zur Verwirrung, als zur Erläuterung dienen können, der wird die Schwierigkeit nicht verkennen und deßhalb jene Unverhältnißmäßigkeit ſehr verzeihlich, faſt nothwendig finden. Daß dennoch manche Stelle, die noch einer Interpretation bedarf, ſich unter den aufgenommenen befindet, leidet keinen Zweifel. Allein hier iſt es die Aufgabe des Docenten, beiläufig dieſe Stellen, bei dem Vortrage der Rechtsgrundſätze, zu interpretiren. So wird dadurch dem Docenten eine wünſchenswerthe Gelegenheit gegeben, hin und wieder einzelne exegetiſche Bemerkungen einzuflechten, welche für die künftigen Pandektenvorleſungen förderlich

ſein und der dort zu löſenden Aufgabe einer höheren Interpretation nützlich vorarbeiten können.

Daß der Verfaſſer nur bei den eigentlichen Rechtsquellen, und auch da nur eine ſehr gedrängte Literatur beigefügt, ſonſt aber ſich alles Citirens älterer und neuerer juriſtiſcher Werke enthalten hat, bedarf vielleicht noch einer Rechtfertigung. So wenig er das viele Gute, zum Theil Treffliche, was jene Werke, namentlich die ſeiner Zeitgenoſſen, darbieten, verkennt, je unbefangener und offener er vielmehr eingeſteht, ſehr Vieles daraus, insbeſondere für dieſes jetzige Lehrbuch benutzt zu haben, ſo kann er ſich dennoch nicht überzeugen, daß es ſchon die Aufgabe eines Inſtitutionenlehrbuches iſt, eine fortlaufende Ueberſicht der Literatur des römiſchen Civilrechtes zu liefern. Dieſes iſt vielmehr Aufgabe der größeren, weitläuftigeren Pandektenlehrbücher. Nun ließe ſich zwar für die Inſtitutionenlehrbücher eine Art Mittelweg einſchlagen, indem man es unternähme, diejenigen, für welche die Inſtitutionen zunächſt beſtimmt ſind, mit dem Ausgeſuchteſten und Trefflichſten aus der civiliſtiſchen Literatur, ſoweit daſſelbe ſchon für ſie und ihre Bedürfniſſe paßt, vorläufig bekannt zu machen. Allein der Verfaſſer geſteht offen, daß er ſich dieſer Aufgabe nicht gewachſen fühlt und ihre befriedigende Löſung nicht blos für höchſt ſchwierig, ſondern auch ſogar in gewiſſer Beziehung für unmöglich hält. Denn es kann ein juriſtiſches Buch in ſeiner Art trefflich ſein, und es eignet ſich dennoch vielleicht nicht für das erſte Rechtsſtudium, ſei es nun wegen ſeines Umfanges, oder wegen des ſehr ſpeciellen Ein-

gehens in die Einzelheiten und in die praktiſche Anwendung, oder wegen ſeiner ſonſtigen, auf ein ſchon weiter vorgeſchrittenes Rechtsſtudium berechneten Anlage. Das gilt namentlich von den meiſten Monographien, welche doch ſo vorzüglich wichtig ſind. Nach welchen Grundſätzen ſoll alſo hier eine Auswahl getroffen werden, wenn nicht in der angegebenen Art entweder oft das Trefflichſte übergangen, oder ſehr Vieles citirt wird, was offenbar, dem Plane und Zwecke eines ſolchen Lehrbuches gemäß, darin noch keinen Platz finden ſollte? Dazu kommt noch die Verſchiedenheit der individuellen Anſichten, nicht blos im Allgemeinen über die Grenzen einer ſolchen Auswahl, ſondern auch über den, gerade für den angegebenen Zweck ſo ſchwer zu beurtheilenden Werth der einzelnen, älteren und neueren juriſtiſchen Werke. Wenn überhaupt nur ſehr wenige literariſche Nachweiſungen ſich für die Inſtitutionen eignen, ſo ſcheint es das Beſte, dieſe Auswahl jedem einzelnen Docenten, ohne ihm irgend dabei vorzugreifen, zu überlaſſen. Glaubt aber der Docent ſchon eine ſehr reiche, oder gar eine vollſtändige Literatur über die einzelnen Rechtsmaterien liefern zu müſſen, ſo giebt es der Bücher, welche einem ſolchen Bedürfniſſe abhelfen, ſo viele, daß es nicht ſchwer halten kann, durch Verweiſungen darauf nebenbei jenen Zweck zu erreichen, ohne eine Maſſe von Citaten zu häufen, welche den Umfang des Lehrbuches bedeutend vermehren und doch in den Pandekten ſich wiederholen.

Leipzig, im Januar 1839.

Vorrede

zu der achten Auflage.

Als, vor fünf und zwanzig Jahren, dieses Lehrbuch zum ersten Male veröffentlicht wurde (1839), sprach sich die Vorrede dazu einfach und bestimmt aus über den Zweck, den Plan und die Methode desselben. Die freundliche Aufnahme, welche das Buch damals fand, bestärkte den Verfasser in dem Glauben, daß dasselbe seinen Zweck wenigstens zum Theil nicht ganz verfehlt, vielmehr einem damaligen Zeitbedürfnisse einigermaaßen abgeholfen habe.

Seitdem sind mehrere Auflagen nothwendig geworden, die zweite im Jahre 1841, die dritte im Jahre 1846, die vierte im Jahre 1849, die fünfte im Jahre 1853, die sechste im Jahre 1857, die siebente im Jahre 1862. Wenn nun, bei allen diesen Ausgaben, und auch noch jetzt in dieser achten, der Plan, die Anlage und Methode im Ganzen, trotz vieler Aenderungen im Einzelnen, unverändert geblieben ist, so bedarf es wohl einer Rechtfertigung dieses Verfahrens. Um so mehr, weil inzwischen die Lehrmethode bei der Behandlung des römischen Rechtes in academischen Vorlesungen mancherlei Aenderungen erfahren hat, zum Theil solche, welche in der That als zweck- und zeitgemäße anerkannt werden

müssen. Allein fast alle diese Aenderungen betreffen lediglich die academischen Vorträge über das heutige römische Recht, das s. g. Pandektenrecht. Sie hängen zusammen mit dem sehr verständigen, ja nothwendigen Bestreben, das römische Recht unseren heutigen praktischen Bedürfnissen möglichst anzupassen, namentlich mit manchen, sich gerade jetzt besonders im Leben geltend machenden Elementen des neuen und neuesten deutschen Rechtes mehr in Einklang zu bringen. Dagegen wird die wissenschaftliche Behandlung des reinen römischen Rechtes, welches nur zur geschichtlichen Grundlage des heutigen bestimmt ist, weit weniger davon berührt. Denn sie ist, ihrer Natur nach, von dem Stande des übrigen deutschen Rechtslebens unabhängig und hat immer noch dieselbe einfache Aufgabe, zu einer gründlichen Kenntniß des römischen Rechtes, wie es uns in seinen Quellen bis auf Justinian herab überliefert worden ist, den Weg zu bahnen.

Daß ich mich aber in dieser letzteren Beziehung redlich bemüht habe, die wissenschaftlichen Fortschritte der neuesten Zeit, soweit es die innere und äußere Anlage dieses Lehrbuches gestattet, mit in dasselbe aufzunehmen, beweist eine nur etwas sorgfältigere Vergleichung der verschiedenen Ausgaben. Keine derselben ist ohne formelle und materielle Verbesserungen geblieben. Sie betreffen theils den Versuch, das Material, wo es mir zweckmäßig erschien, zu erweitern, oder umgekehrt mehr zusammenzuziehen, theils das Streben, durch eine einfachere, lichtvollere Darstellung auch manches, was nur kurz angedeutet werden konnte,

verständlicher zu machen. Manche dieser Verbesserungen verdanke ich dem Rathe wohlmeinender Freunde, welchen ich dafür meinen herzlichsten Dank ausspreche.

Dem zuweilen in mir aufsteigenden Gelüste, dem Buche schon ganz im Allgemeinen eine größere Ausführlichkeit zu geben, besonders um manche leisere Andeutungen und absichtliche Wendungen darin gegen Mißverständnisse zu sichern, oder sonst zu rechtfertigen, habe ich geglaubt, widerstehen zu müssen. Schon darum, weil ein gewisses streng durchgeführtes Maaßhalten, gleich bei seinem ersten Erscheinen, mit den Charakter des Buches gebildet und demselben Freunde und Gönner, sowohl in Deutschland selbst, als auch in anderen Ländern, in welche es durch Uebersetzungen Eingang gefunden, erworben hat.

So möge denn auch diese jetzige Ausgabe dieselbe freundliche Aufnahme finden, wie die früheren!

Leipzig, am 5. August 1865.

Inhalts-Uebersicht.

Einleitung. §. 1—9.

Erster Theil.

Geschichte der Quellen des römischen Rechtes.

Erste Periode.

Von der ältesten Zeit bis auf die Abfassung der Zwölftafelgesetze. §. 10—13.

Zweite Periode.

Von den Zwölftafelgesetzen bis auf die Entstehung der Alleinherrschaft unter Augustus. §. 14—22.

Dritte Periode.

Von Kaiser Augustus bis auf Kaiser Constantin den Großen. §. 23—26.

Vierte Periode.

Von Kaiser Constantin bis auf Kaiser Justinian. §. 27—36.
Spätere legislative und literarhistorische Schicksale des römischen Rechtes. §. 37—46.

Zweiter Theil.

Das römische Privatrecht selbst in seinen Grundzügen.

Erstes Buch.

Allgemeine Grundsätze über die Rechte, deren Arten, Ausübung, Verfolgung und Schutz. §. 47—65.

Zweites Buch.

Das Personenrecht, oder die Lehre von den Personen und ihrer Rechtsfähigkeit.

Erstes Capitel.

Allgemeine Grundsätze über die Personen. §. 66—69.

Zweites Capitel.

Von dem status libertatis insbesondere. §. 70—73.

Drittes Capitel.

Von dem status civitatis insbesondere. §. 74—77.

Viertes Capitel.

Von dem status familiae insbesondere. §. 78—81.

Drittes Buch.

Die Lehre von dem Vermögensrechte. §. 82.

Erster Abschnitt.

Das Sachenrecht, oder die Lehre von den dinglichen Rechten.

Erſtes Capitel.

Allgemeine Grundſätze von den Sachen, deren Arten und den möglicherweiſe daran zuſtehenden Rechten. §. 83—86.

Zweites Capitel.

Die Lehre von dem Eigenthume.
I. Allgemeine Einleitung. §. 87. 88.
II. Geſchichte des Eigenthumes. §. 89—91.
III. Von dem Dominium des neueſten römiſchen Rechtes insbeſondere. §. 92—103.

Drittes Capitel.

Die Lehre von den dinglichen Rechten an einer fremden Sache. §. 104.
I. Von den Servituten. §. 105—109.
II. Von der Emphyteuſis und Superficies. §. 110—112.
III. Von dem Pfandrechte. §. 113—117.

Zweiter Abſchnitt.

Das Obligationenrecht, oder die Lehre von den Forderungen.

Erſtes Capitel.

Allgemeine Grundſätze über Obligationen.
I. Begriff der Obligationen. §. 118.
II. Der Gegenſtand und Inhalt der Obligationen im Allgemeinen. §. 119.
III. Die Verbindlichkeit zum Schadenerſatze insbeſondere. §. 120.
IV. Die Verbindlichkeit des Schuldners, Zinſen zu bezahlen, insbeſondere. §. 121.
V. Die Wirkſamkeit der Obligationen. §. 122.
VI. Beſchränkung der obligatio in ihren Wirkungen auf die Perſon des urſprünglichen Creditors und Debitors. §. 123.
VII. Mehrheit von Creditoren, oder Debitoren bei derſelben obligatio. §. 124.

Zweites Capitel.

Entſtehung und Begründung der Obligationen.
Einleitende Vorbemerkungen. §. 125.

Erſter Titel.

Von den Obligationen, welche ex contractu entſtehen.
I. Die Verträge im Allgemeinen. §. 126.
II. Die contractus, im Gegenſatze der bloßen pacta. §. 127.
III. Von den Contractsklagen. §. 128.

I.

Darſtellung des reinen urſprünglichen Contractsſyſtemes.
I. Die Obligationen, welche re contrahirt werden. §. 129.
II. Allmählige Erweiterung des Principes der ſ. g. Realcontracte. §. 130.
III. Die Obligationen, welche verbis contrahirt werden, und die stipulatio insbeſondere. §. 131.
IV. Die Bürgſchaft und die Interceſſionen überhaupt. §. 132.
V. Diejenigen Obligationen, welche literis contrahirt werden. §. 133.
VI. Diejenigen Contracte, deren Klagbarkeit auf dem bloßen consensus beruht. §. 134.
VII. Der Kaufcontract. §. 135.
VIII. Der Miethcontract. §. 136.
IX. Die societas. §. 137.
X. Das mandatum. §. 138.

II.

Allmählige Erweiterung des Kreises der klagbaren Verträge.

I. Vorbemerkungen. §. 139.
II. Erweiterungen durch die s. g. pacta adjecta. §. 140.
III. Erweiterung durch die s. g. pacta praetoria. §. 141.
IV. Erweiterung durch die s. g. pacta legitima. Die Schenkung insbesondere. §. 142.

Zweiter Titel.

Von den Obligationen, welche quasi ex contractu entstehen.

I. Allgemeiner Begriff dieser Rubrik. §. 143.
II. Einzelne Fälle, als Beispiele. §. 144.

Dritter Titel.

Von denjenigen Obligationen, welche ex delicto, oder ex maleficio entstehen.

I. Die Obligationen und Klagen ex delicto im Allgemeinen. §. 145.
II. Das furtum insbesondere. §. 146.
III. Die rapina insbesondere. §. 147.
IV. Das damnum injuria datum insbesondere. §. 148.
V. Die injuria insbesondere. §. 149.

Vierter Titel.

Von denjenigen Obligationen, welche quasi ex delicto s. maleficio entstehen. §. 150.

Drittes Capitel.

Von der Auflösung der Obligationen.

I. Allgemeine Vorbemerkungen. §. 151.
II. Die Zahlung, solutio. §. 152.
III. Zahlungsunfähigkeit des Schuldners. §. 153.
IV. Die Compensation. §. 154.
V. Die Novation. §. 155.
VI. Erlassungsverträge. §. 156.
VII. Andere Erlöschungsgründe der Obligationen. §. 157.

Viertes Buch.

Die Lehre von den Familienverhältnissen, oder das s. g. Familienrecht.

Uebersicht. §. 158.

Erstes Capitel.

Die Lehre von der Ehe.

I. Begriff der Ehe. §. 159.
II. Von dem concubinatus. §. 160.
III. Die rechtliche Möglichkeit der Ehe, oder das connubium. §. 161.
IV. Die wirkliche Eingehung der Ehe. §. 162.
V. Die Verlöbnisse, Sponsalien. §. 163.
VI. Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen. §. 164.
VII. Die dos insbesondere. §. 165.
VIII. Die propter nuptias donatio. §. 166.
IX. Eheverträge. §. 167.
X. Die Auflösung der Ehe und die Scheidung insbesondere. §. 168.
XI. Die zweite und fernere Ehe. §. 169.
XII. Ehelosigkeit. §. 170.

Zweites Capitel.

Die Lehre von dem elterlichen Verhältnisse und von der väterlichen Gewalt insbesondere.

I. Das allgemeine Verhältniß der Eltern zu ihren Kindern. §. 171.
II. Kinderlosigkeit. §. 172.
III. Die väterliche Gewalt. §. 173.

I.

Das Wesen und die Wirkungen der väterlichen Gewalt.
I. Im Allgemeinen. §. 174.
II. Vermögenserwerb des Vaters durch seine Hauskinder. §. 175.
III. Ausbildung der Peculien. §. 176.

II.

Begründung der väterlichen Gewalt.
I. Erwerbung der väterlichen Gewalt über die ehelichen Kinder. §. 177.
II. Erwerbung der väterlichen Gewalt durch Legitimation. §. 178.
III. Erwerbung der väterlichen Gewalt durch Adoption. §. 179.

III.

Aufhebung der väterlichen Gewalt.
I. Im Allgemeinen. §. 180.
II. Die Emancipation insbesondere. §. 181.

Drittes Capitel.

Die Lehre von der Vormundschaft.
I. Ihr allgemeiner Charakter und ihre Stellung im Systeme. §. 182.
II. Arten der Vormundschaft. §. 183.

Erster Titel.

Die Tutela.

I.

Impuberum tutela.
I. Begriff derselben. §. 184.
II. Bestimmung der Person des Tutors. §. 185.
III. Die Amtsthätigkeit des Tutors im Allgemeinen. §. 186.
IV. Die Vermögensverwaltung und die Pflichten des Tutors daraus insbesondere. §. 187.
V. Aufhebung der Tutel. §. 188.

II.

Mulierum tutela. §. 189.

Zweiter Titel.

Die cura, oder curatio.
I. Ihre Hauptarten. §. 190.
II. Gemeinschaftliche Grundsätze über die cura. §. 191.

Fünftes Buch.

Die Lehre von den Verlassenschaften oder den Successionen auf den Todesfall.

Stellung der Lehre im Systeme. §. 192.

Erster Abschnitt.

Die Lehre von der eigentlichen Erbfolge.

Erstes Capitel.

Allgemeine Einleitung in das Erbrecht.
I. Die Erbschaft überhaupt, im Gegensatze der Vermächtnisse. §. 193.

II. Die wesentlichen Voraussetzungen einer jeden Erbfolge. §. 194.
III. Die hereditas und die bonorum possessio in ihrem Verhältnisse zu einander. §. 195.

Zweites Capitel.

Die Delation der Erbschaft aus einem Testamente.
I. Allgemeiner Begriff des Testamentes. §. 196.
II. Allgemeine Voraussetzungen eines gültigen Testamentes. §. 197.
III. Geschichte der Testamentsform. §. 198.
IV. Testamentsform des Justinianischen Rechtes. §. 199.
V. Der mögliche und der nothwendige Inhalt des Testamentes im Allgemeinen. §. 200.
VI. Die Einsetzung des directen Erben insbesondere. §. 201.
VII. Die Substitutionen, welche directe Erbeseinsetzungen enthalten. §. 202.

Drittes Capitel.

Die Delation der Erbschaft ohne Testament, ab intestato.
I. Voraussetzungen dieser Delation. §. 203.
II. Successionsfähigkeit und Successionsordnung. §. 204.
III. Geschichte der Intestaterbfolge. §. 205.
IV. Succession nach der Novelle 118, in ihren Grundzügen. §. 206.

Viertes Capitel.

Von der Delation der Erbschaft gegen den Inhalt eines Testamentes.
I. Einleitung §. 207.
II. Die Verpflichtung des Testirers, gewisser Angehörigen formell im Testamente zu gedenken. §. 208.
III. Die Verbindlichkeit des Testirers, gewisse Angehörige auf die gesetzliche Weise zu bedenken, d. h. ihnen den Pflichttheil zuzuwenden. §. 209.
IV. Die neueste Beschränkung des Testirers durch die Novelle 115. §. 210.

Fünftes Capitel.

Von der Adquisition der Erbschaft.
I. Begriff der Adquisition. §. 211.
II. Antretung der Erbschaft. §. 212.
III. Erwerb der Erbschaft ipso jure. §. 213.
IV. Wirkung des Erbschaftserwerbes im Allgemeinen. §. 214.
V. Das Haften des Erben für die Erbschaftsschulden. §. 215.
VI. Confusio und separatio bonorum. §. 216.
VII. Verhältniß des Erben zu den dritten Inhabern der Erbschaftssachen. §. 217.
VIII. Das Verhältniß der Miterben untereinander. §. 218.
IX. Der Fall, wenn der dazu Berufene die ihm zugedachte Erbschaft nicht erwirbt. §. 219.

Zweiter Abschnitt.

Die Lehre von den Vermächtnissen.
I. Allgemeine Vorbemerkungen. §. 220.
II. Die Legate insbesondere. §. 221.
III. Die Fideicommisse und die Codicille. §. 222.
IV. Verschmelzung der Legate und Fideicommisse. §. 223.
V. Abzug der quarta Falcidia. §. 224.
VI. Verschiedenheit der Vermächtnisse, ihrem Gegenstande und Inhalte nach. §. 225.
VII. Besondere Eigenthümlichkeiten des legatum partitionis und des fideicommissum hereditatis. §. 226.
VIII. Die mortis causa donatio. §. 227.

IX. Erwerb der Vermächtniſſe. §. 228.
X. Schutz der Vermächtniſſe. §. 229.
XI. Ungültigkeit der Vermächtniſſe. §. 230.

Dritter Abſchnitt.

Andere Succeſſionen auf den Todesfall.

I. Einleitung. §. 231.
II. Bona vacantia. §. 232.
III. Das caducum. §. 233.
IV. Das erepticium. §. 234.
V. Addictio bonorum libertatum servandarum causa. §. 235.
VI. In jure cessio der hereditas. §. 236.
VII. Usucapio pro herede. §. 237.

Regiſter.

Lehrbuch

der

Institutionen des römischen Rechts.

Einleitung.

§. 1.

Name, Inhalt und Zweck der Institutionen des römischen Rechts.

Die Institutionen des römischen Rechts, als academische Vorlesung, sind bestimmt zu einer Einleitung theils in das römische Recht, theils aber auch zugleich in das ganze Studium der Rechtswissenschaft überhaupt.

Der Grund, weßhalb schon seit Jahrhunderten auf den deutschen Universitäten das Rechtsstudium mit dem, seinem Ursprunge nach für uns fremden, römischen Rechte begonnen wird, ist vorerst ein geschichtlicher; weil nämlich das römische Recht während des Mittelalters in Deutschland recipirt worden ist, und seitdem bis auf die neuesten Zeiten die wichtigste Grundlage unseres deutschen Rechtszustandes bildet. Es tritt aber auch noch ein wissenschaftlicher Grund hinzu, der selbst dann fortdauernd seine Kraft behaupten wird, auch wenn jener historisch-praktische Grund ein Mal, wenigstens in dem früheren Maaße, wegfallen sollte. Denn das römische Recht, wegen seiner inneren Trefflichkeit, wegen seiner consequenten, in sich selbst vollendeten theoretischen und praktischen Aus- und Durchbildung, eignet sich ganz vorzüglich zu einer zweckmäßigen Einleitung in die gesammte Rechtswissenschaft. Wie der Name Institutionen dafür mehr eine zufällige Veranlassung hat, wird sich in der Geschichte der römischen Rechtsquellen zeigen.[1]) Der Umstand, daß hier zugleich mit eine Einleitung in das ganze Rechtsstudium bezweckt wird, erklärt es, warum dem römischen Rechte einige propädeutische Sätze, die nicht zunächst

[1]) Vergl. §. 35.

römisches Recht enthalten, sondern eine allem positiven Rechte gemeinschaftliche Grundlage bilden, vorauszuschicken sind.

I.

Das Recht überhaupt, seine naturgemäße Entstehung, Fortbildung und wissenschaftliche Behandlung.

§. 2.

Das Recht und der Staat.

Recht ist dasjenige, was der Rechtsidee und deren Gesetzen entspricht.

Diese Rechtsidee steht im innigsten Zusammenhange mit der Idee des sittlich Guten. Denn beide gehen, ihrem letzten Grunde nach, hervor aus derselben Quelle, aus der praktischen Vernunft des Menschen und sind Ausflüsse einer und derselben ewigen Wahrheit, nach welcher die Menschen einer stets fortschreitenden Vervollkommnung, theils als Individuen, theils als Gesammtheit, fähig sind und diese fortwährend erstreben sollen. Daher erscheinen das Recht und das sittlich Gute durchaus nicht als Gegensätze von einander. Sie sind vielmehr, als zusammen gehörende Theile desselben Ganzen, dazu bestimmt, einander nach allen Seiten hin zu ergänzen und gerade in diesem Zusammenwirken die höchsten Zwecke des menschlichen Daseins zu fördern. In so fern ist es denn auch an sich nichts Widersprechendes, wenn die Griechen die Rechtslehre und die Sittenlehre, als ein wissenschaftlich geschlossenes Ganzes, unter dem gemeinschaftlichen Namen der Ethik zusammenfassen. Dennoch ist eine Scheidung derselben, im Begriffe, nach ihren natürlichen Grenzen und sonstigen Verhältnissen zu einander, nicht blos möglich, sondern auch sogar, sowohl für das Leben selbst, als für die Wissenschaft, durchaus nothwendig.

Die Rechtsidee nimmt zwar in den mancherlei Versuchen, sie praktisch zu verwirklichen und sichtbar in das Leben der Völker zu übertragen, sehr verschiedene Gestaltungen an; Verschiedenheiten, welche theils durch die jeweilige und oft wechselnde Bildungsstufe der Völker, theils durch manche andere äußere Verhältnisse bedingt sind. Immer aber finden wir sie in der genauesten Verbindung mit der Idee des Staates. Daher sind denn auch Recht und Staat geschichtliche Erscheinungen, welche uns

niemals vereinzelt, sondern immer mit einander vereinigt entgegentreten. Der Grund davon ist der, weil nur im Staate, d. h. nur in einer geordneten, bürgerlichen Vereinigung der Menschen zu einer Volksgesammtheit, unter einer gemeinsamen, äußeren, allgemein anerkannten Obrigkeit, die Rechtsidee in das Leben treten kann. Denn gerade das gehört zu dem Wesen des Rechtes, daß es als solches von der Gesammtheit derjenigen, welche als Volk den Staat bilden, auf irgend eine Weise entschieden allgemein anerkannt, und gerade deßhalb auch von der Staatsobrigkeit, als dem Organe der Gesammtheit, überwacht und gehandhabt werden soll.

Dadurch eben unterscheidet sich äußerlich der Charakter des Rechtes am schärfsten von dem der Moral. Beide, die Rechtslehre wie die Sittenlehre, treffen nämlich darin überein, daß sie Gesetze, Vorschriften aufstellen, denen der Mensch, als freies, vernünftiges Wesen, sich und seine Handlungen unterwerfen soll. Allein die Vorschriften der Moral tragen in doppelter Hinsicht mehr den Charakter blos individueller Gesetze an sich; theils deßhalb, weil sie, ihrem Dasein nach, nur auf dem inneren Bewußtsein, auf dem individuellen Gewissen jedes Menschen beruhen, theils deßhalb, weil sie, ihrer Wirksamkeit nach, nur von dem Einzelnen selbst und seinem Gewissen überwacht werden, also nur auf einen inneren Zwang gegründet sind. Dagegen tragen die Rechtsvorschriften in beiden Beziehungen den Charakter allgemeiner Gesetze an sich; vorerst, weil sie von der Gesammtheit der Rechtsgemeinde selbst, von dem äußerlich ausgesprochenen Willen des zum Staate vereinigten Volkes ausgehen, sodann, weil sie, als Gesammtgesetze, von dieser selben Gesammtheit überwacht werden, indem das Organ derselben, die Obrigkeit im Staate, nöthigenfalls durch äußere Mittel die Befolgung derselben erzwingt.

Der daraus für Alle gleichmäßig hervorgehende äußere Rechtszwang thut auch der Würde der menschlichen Natur an sich keinen Abbruch und steht namentlich mit der Willensfreiheit der Einzelnen nicht im Widerspruche. Denn die Rechtsvorschriften gehen ja von dem ausgesprochenen Willen aller derjenigen, die ihnen zu gehorchen haben, selber aus, erscheinen also nur als eine von der Vernunft gebotene Selbstbeschränkung der menschlichen Freiheit. Dadurch eben wird die Möglichkeit der allgemeinen Rechts-

freiheit, als eines wichtigen Theiles der menschlichen Freiheit überhaupt, gegeben.

§. 3.

Die Rechte und die Rechtspflichten.

Die Verwirklichung der Rechtsidee und der Rechtsfreiheit bringt es mit Nothwendigkeit mit sich, daß jedem Menschen, als Bürger, d. h. als Mitgliede der großen Rechts- und Volksgemeinde, des Staates, von diesem letzteren für sein Wollen und Handeln ein bestimmter, möglichst gleicher äußerer Freiheits- oder Rechtskreis angewiesen werde, innerhalb dessen er, ohne Störung des gleichen Rechts- und Freiheitskreises der Uebrigen, sich unbehindert bewegen kann und soll. So lange er innerhalb dieses Kreises bleibt, so lange also sein individuelles Wollen und Handeln mit den von dem Gesammtwillen ausgehenden Gesetzen übereinstimmt, so lange ist er in seinem Rechte und so lange schützt ihn der Staat gegen jede von anderen versuchte Beeinträchtigung. Denn letztere enthält ein nicht zu duldendes Unrecht. Aber dafür ist es auch umgekehrt Jedem streng geboten, seinerseits den angewiesenen gleichen Freiheitskreis, den Rechtskreis der Uebrigen zu achten, sich aller Störungen desselben, als eines Unrechtes, zu enthalten. Daraus entwickelt sich eine, in ihrer Gliederung genau in einander eingreifende, Kette von wechselseitigen Rechtsbefugnissen und Rechtsverbindlichkeiten, Rechtspflichten der Bürger unter einander. Denn diejenigen äußeren Handlungen, welche hiernach in den ihm angewiesenen Rechtskreis eines Bürgers fallen, zu denen er also unter dem Schutze des Staates befugt ist, bilden seine Rechte, jura, in ihren einzelnen Aeußerungen auch Befugnisse, Rechtsbefugnisse genannt. Die ihnen entsprechenden Rechtsverbindlichkeiten, Rechtspflichten, welche dadurch für Andere entstehen, stellen sich nur als eine natürliche und nothwendige Folge jener Rechte dar.

Wer nun so, wie er soll, alle fremden Rechte anerkennt und ebenmäßig seinen eigenen Rechtspflichten nachkommt, der thut, handelt recht, in diesem Sinne des Wortes, d. h. handelt der Gerechtigkeit gemäß.

Injuria ex eo dicta est, quod non jure fiat. Omne enim, quod non jure fit, injuria fieri dicitur. Ulpian. in fr. 1. pr. D. XLVII, 10. de injur.

Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique

tribuendi. Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere. Pr. et §. 3. Inst. I, 1. de justit. et jure.

§. 4.

Die Rechtsverhältniſſe. Oeffentliches und Privatrecht.

Aus dem eben entwickelten Begriffe der Rechte und Rechtspflichten gehen mit Nothwendigkeit hervor gewiſſe menſchliche Verhältniſſe, oder Beziehungen, in welche die Mitglieder der Rechtsgemeinde, als ſolche, rechtlich zu einander treten. Man nennt ſie die Rechtsverhältniſſe. Sie ſind, wie die ganze Stellung des Menſchen im und zu dem Staate, von doppelter Art.

Es ſteht nämlich der Menſch zunächſt und zuvörderſt, als einzelnes Individuum, als Bürger, anderen einzelnen Individuen, ſeinen Mitbürgern, gegenüber. Aus dieſer Stellung entwickeln ſich eine Menge Rechtsverhältniſſe der Einzelnen unter einander, die eben deßhalb zunächſt und unmittelbar nur für dieſe Einzelnen, als Einzelne, privi, d. h. singuli homines, privati, welche ſich darin zu einander befinden, wichtig erſcheinen, ohne unmittelbar das Intereſſe des ganzen Staates zu berühren. Darum überläßt auch der Staat die Anordnung dieſer Rechtsverhältniſſe mehr oder weniger jenen Einzelnen ſelbſt, und ſtellt nur im Allgemeinen gewiſſe feſte Grundſätze auf, nach welchen er dergleichen Rechtsverhältniſſe der Einzelnen, als mit dem Wohle des Ganzen und dem allgemeinen Rechtszwecke verträglich, anerkennt und beurtheilt wiſſen will. Sie bilden das Privatrecht, privatum jus, auch wohl jus civile von den Römern genannt.

Allein der Einzelne hilft auch mit, als Glied, die Geſammtheit des ganzen Staates bilden, und kommt in dieſer Hinſicht zunächſt nicht als Individuum, ſondern als integrirender Theil jener Geſammtheit, in Betrachtung. Daraus entwickelt ſich eine Menge Rechtsverhältniſſe, die freilich mittelbar, mehr oder weniger, immer auch den Einzelnen mit treffen und berühren, aber nicht in ſeiner Beziehung als Einzelnen zu anderen Einzelnen, ſondern vielmehr in ſeiner Beziehung zu der Geſammtheit des ganzen Staates. Es ſind dieſes alſo Rechtsverhältniſſe des Staates ſelbſt, und die Grundſätze darüber bilden das öffentliche Recht, publicum jus. Dahin gehört theils die politiſche Verfaſſung des Staates mit ſeiner, ſich darauf beziehenden ſpe-

cielleren Gliederung, theils die Anordnung der einzelnen Regierungsgewalten, d. h. derjenigen Gewalten, welche dem verfassungsmäßigen Staatsoberhaupte eingeräumt sind, um für den Staatszweck im Inneren und nach Außen thätig wirken, regieren zu können, theils endlich die genauere Regelung derjenigen Grundsätze, nach welchen jene Regierungsgewalten ausgeübt werden sollen.

Uebrigens läßt sich, aus sehr natürlichen Gründen, die Grenzlinie zwischen dem öffentlichen und dem Privatrechte im Allgemeinen nicht so genau ziehen, daß nicht manche Verhältnisse übrig bleiben, welche auf der einen Seite und in einer Beziehung, als juris privati, zunächst lediglich der individuellen Anordnung der Einzelnen selbst überlassen bleiben, auf der anderen Seite und in einer anderen Beziehung, zugleich als juris publici erscheinen. Letzteres insofern, als manche Grundsätze dabei vorkommen, welche der Staat, aus Rücksichten des allgemeinen Wohles, so unabänderlich feststellt, daß er sie aller abweichenden Privatverabredung der Einzelnen unbedingt entzieht. Es ist ferner eine allgemeine geschichtliche Erfahrung, daß in den noch weniger ausgebildeten Staaten Vieles, was eigentlich dem öffentlichen Rechte angehört, noch die Gestalt von bloßem Privatrechte annimmt und erst allmählig, nachdem der Staat mehr zum Bewußtsein seiner Stellung und Aufgabe gekommen ist, in den Kreis des öffentlichen Rechtes übergeht. Umgekehrt giebt es aber auch gewisse politisch-religiöse Zustände eines Volkes, wonach manche Rechtsverhältnisse, welche an sich und ihrer Natur nach eigentlich dem Privatrechte angehören, eine mehr publicistische Gestaltung annehmen. Beide Erfahrungen werden namentlich auch durch die Geschichte des römischen Rechtes bestätigt.

Der einzelne Mensch im Staate erscheint außerdem auch zugleich noch als integrirender Theil, als Glied derjenigen religiösen Gemeinschaft, der er sich, nach seinem innerlichen, oder wenigstens äußerlich bekannten Glauben, anschließt. Dadurch kommt er in gewisse mehr oder weniger eigenthümliche religiöse Verhältnisse. Diese fallen nun, insoweit sie nicht überhaupt innerhalb der Sphäre der reinen Moral bleiben, sondern einen rechtlichen Charakter annehmen, allerdings zuweilen ganz mit den übrigen Rechtsverhältnissen im Staate zusammen, nämlich da, wo die Religion eine wahre Nationalreligion ist. So bei den Römern, welche ihr jus sacrum, ganz consequent zum jus ro-

manum publicum rechneten. Allein, wo diese Voraussetzungen nicht vorhanden sind, wie namentlich in unseren christlichen Staaten, da bildet das Verhältniß der einzelnen Gläubigen zu ihrer Gesammtheit, Kirche, ein eigenes, besonderes Recht, das Kirchenrecht. Es gehört zwar, insoweit es die Frage über das ganze Verhältniß, die Stellung der Kirche zum Staate betrifft, entschieden dem öffentlichen Rechte an. Insofern es aber, wie vielfach der Fall ist, zunächst nur die rechtlichen Interessen der Einzelnen, als solcher, berührt und also mehr einen privatrechtlichen Charakter an sich trägt, schließt es sich dem übrigen Privatrechte im Staate an. Vieles davon steht übrigens auf der oben erwähnten Grenze zwischen dem öffentlichen Rechte und zwischen dem reinen Privatrechte. Auf keinen Fall sind aber damit zu verwechseln diejenigen Rechtsgrundsätze, welche an sich Bestimmungen des wahren öffentlichen, oder Privatrechtes enthalten, aber zufälligerweise aus Quellen entlehnt sind, die mit der Geschichte der Kirche und des sich entwickelnden Kirchenrechtes genau zusammenhängen. Ein Beispiel liefert ein großer Theil unseres canonischen Rechtes.

Es kann ein Staat zufällig aus mehreren Völkerschaften bestehen, welche jedoch sämmtlich dieselbe gemeinsame äußere Obrigkeit über sich anerkennen. Für diese existiren in der That wahre Rechtsverhältnisse, theils Verhältnisse des öffentlichen Rechtes, in welchen diese Völker zu der gemeinsamen Staatsgemeinde, die sie ja mit bilden helfen, als Ganzem stehen, theils Verhältnisse des Privatrechtes, insofern sie, als erweiterte Einheiten, den einzelnen Staatsgenossen und Individuen vergleichbar, zu einander selbst in rechtliche Verbindung treten. Anders bei Völkern, welche, ohne durch ein solches gemeinsames Rechtsband mit einander verknüpft zu sein, einander als völlig selbstständige Staaten gegenüber stehen. Diese werden zwar, bei wachsendem Verkehre, zu einander in mancherlei Berührungen und Verhältnisse kommen, welche mit Rechtsverhältnissen eine gewisse Aehnlichkeit, aber dennoch nicht den wahren Charakter derselben haben. Solche Völker stehen vielmehr einander dabei gegenüber, wie Individuen, welche sich noch nicht zum Rechtsstaate vereinigt haben. Es mangelt also hier noch jede Garantie eines gemeinsamen Rechtsschutzes. Zwar hindert das nicht das Bestehen eines davon unabhängigen Einwirkens der Moral auf die Verhältnisse solcher Völker zu einan-

der. Im Gegentheile erscheint dieses als ein um so dringenderes Bedürfniß und Aushülfsmittel. Wo aber diese Völkermoral, wie so oft der Fall ist, keinen genügenden Schutz gewährt, da entscheidet schließlich die Macht der Thatsachen, und nach bekannten Naturgesetzen wird dann die stärkere physische Kraft die schwächere überwinden. * Wenn man nun dennoch von einem, das Verhältniß unabhängiger Staaten zu einander regelnden Völkerrechte redet, so versteht man darunter nur den Inbegriff gewisser Grundsätze, welche, nach der bisherigen Erfahrung, die Völker einer gewissen Culturstufe, um den Zustand des gänzlich mangelnden Rechtsschutzes weniger fühlbar und drückend erscheinen zu lassen, in ihren freundlichen und feindlichen Verkehrsberührungen, so lange gegen einander zu beobachten pflegen, bis es eines derselben für gut findet, sich davon im einzelnen Falle mehr oder weniger loszusagen, Daß dasjenige, was die Römer jus gentium nennen, eine ganz andere Bedeutung hat, wird sich weiter unten zeigen. [1])

Hujus studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum jus est, quod ad statum rei romanae spectat. Privatum, quod ad singulorum utilitatem. §. 4. Inst. I, 1. de just. et jure.

Sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Publicum jus in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. Ulpian. in fr. 1. §. 2. D. I, 1. de just. et jure.

Jus publicum privatorum pactis mutari non potest. Papinian. in fr. 38. D. II, 14. de pactis.

§. 5.

Das positive Recht und seine Entstehung durch publicirte Gesetze, oder durch Rechtsgewohnheiten.

Diejenigen Rechtssatzungen, welche wir geschichtlich zu irgend einer Zeit in einem bestimmten Staate als die dort allgemein anerkannten und darum praktisch geltenden vorfinden, bilden das positive Recht dieses Staates; einerlei, es mögen diese Rechtssatzungen in derselben Art noch jetzt dort bestehen, oder nur irgend ein Mal eine Zeit lang so bestanden haben.

Es wird eine solche positivrechtliche Eigenschaft, ihrem wahren und letzten Grunde nach, sich immer nur auf den ausgesprochenen Willen des fraglichen Volkes selbst, daß jene Satzungen sein geltendes Recht bilden sollen, wie die Römer es ausdrücken, auf die civium voluntas, auf den consensus populi, zu-

[1]) S. §. 15.

rückführen lassen. Selbst wenn man die Möglichkeit eines s. g. göttlichen, einem Volke durch unmittelbare göttliche Eingabe verliehenen Rechtes geschichtlich annehmen will, so beruht nichts desto weniger die allgemeine Anerkennung desselben, als solchen, auf der herrschenden Volksüberzeugung, auf dem consensus populi.

Dieses positive Recht eines Volkes, als ein geschichtlich bestehender Zustand, kann natürlich nur aus gewissen geschichtlichen Thatsachen erkannt werden, nämlich aus solchen, durch welche sich der Gesammtwille des Volkes in dieser Richtung hin entschieden ausgesprochen hat. Dergleichen Thatsachen nennen wir die Quellen des positiven Rechtes.

So wie es nun aber zwei Arten giebt, wie ein Volk überhaupt seinen Gesammtwillen aussprechen kann, eben so giebt es zwei Arten von Quellen des positiven Rechtes.

Denn es kann zuvörderst der Rechtswille der Gesammtheit des Volkes sich aussprechen in Form von publicirten Gesetzen. Das ist der Fall, wenn diejenige Behörde im Staate, welcher verfassungsmäßig die gesetzgebende Gewalt eingeräumt ist, in den von der Verfassung bestimmten Grenzen und Formen eine Rechtsvorschrift öffentlich bekannt macht, mit dem ausdrücklichen Befehle, daß sie von den Staatsgenossen, für welche sie gegeben ist, für die Zukunft als geltende Rechtssatzung befolgt werden soll. Der Inhalt eines so publicirten Gesetzes erscheint dann als eine Satzung, welche das Volk durch sein verfassungsmäßiges Rechtsorgan aufgestellt und demnach selbst gewollt hat.

Es kann aber der Gesammtwille des Volkes, in Beziehung auf das, was als positive Rechtssatzung gelten soll, sich, auch ohne Vermittelung der gesetzgebenden Gewalt im Staate, unmittelbar im Volke und durch dasselbe selbst, entschieden und bestimmt aussprechen. Das ist der Fall, wenn schon ohne ein deßfalls publicirtes Gesetz die Ueberzeugung von der Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit einer bestimmten Rechtssatzung im Volke so allgemein und lebendig herrscht, daß sie sich bereits bisher durch unzweideutige Handlungsweise, d. h. durch allgemeine freiwillige Befolgung der in der Rechtssatzung liegenden Vorschrift, zu erkennen gegeben hat. Man nennt das dann eine Rechtsgewohnheit, consuetudo. Nur ist dabei nicht zu übersehen, daß der wahre und letzte Grund der Geltung der Rechtsgewohnheit und ihrer positivrechtlichen Natur vernünftigerweise nicht zunächst in der

bisherigen allgemeinen Befolgung, die ja dann einen rein zufälligen Charakter haben würde, und eben so wenig in einer gewissen Gewöhnung daran liegt. Er beruht vielmehr auf der Thatsache eines stillschweigend ausgesprochenen Rechtswillens des Volkes. Die bisherige Befolgung und Beobachtung ist nur die Form, in welcher sich hier der Rechtswille des Volkes äußerlich erkennbar ausgesprochen hat. Die gemeinsame, im Volke lebende Rechtsüberzeugung ist der innere und als solcher allerdings unsichtbare Grund, aus welchem jener Rechtswille des Volkes hervorgegangen ist. So sehr auch endlich etwas Wahres darin liegt, daß, je länger ein Volk durch die bisherige Befolgung der Rechtssatzung, sich daran gewöhnt hat, dadurch auch oft im Laufe der Zeit die allgemeine Rechtsüberzeugung befestigt und genährt wird, so ist das doch an sich nur ein zufälliges, kein wesentliches und noch weniger das Hauptmoment der Rechtsgewohnheit. Daher lassen sich Rechtsgewohnheiten denken, deren Satzungen von jeher im Volke gegolten haben, so daß von einer allmähligen Gewöhnung daran kaum die Rede sein kann. Wer übrigens die erste Anregung zu derjenigen Rechtsidee, welche sich allmählig im Volke zur allgemeinen Ueberzeugung festsetzte, gegeben hat, das ist zwar für den allgemeinen Begriff der Rechtsgewohnheit einerlei. Doch hat dieser letztere Umstand insofern eine gewisse Bedeutung, als sich daraus zum Theil die mancherlei besonderen Formen, in welchen sich geschichtlich das Gewohnheitsrecht zu bilden pflegt, so wie die oft eigenthümlichen Richtungen, welche es nimmt, sehr natürlich erklären.

Nach dem Bisherigen beruhen beide Rechtsquellen, die publicirten Gesetze und die Rechtsgewohnheiten, auf derselben Grundlage, auf der sich nur verschieden äußernden civium voluntas. Daher stehen auch an und für sich die Rechtsgewohnheiten, in Rücksicht ihrer Wirkungen und positiv verbindlichen Kraft, den publicirten Gesetzen ganz gleich. Ja, in geschichtlicher Beziehung pflegen sogar die Rechtsgewohnheiten, der Zeit nach, den eigentlichen Gesetzen vorauszugehen. Denn, nach der geschichtlichen Erfahrung, besteht die ursprüngliche und älteste Grundlage aller positiven Rechte lediglich aus Gewohnheiten; schon deßhalb, weil der Staatsverein oft lange vorher besteht, ehe sich eine gegliederte und vollkommen organisirte gesetzgebende Behörde darin entwickelt hat und ehe dieselbe zum vollen Bewußtsein ihrer Stellung und

demgemäß zur Ausübung dieses ihres Berufes gelangt ist. Nach ihrer Entwickelung äußert sie ihre Thätigkeit so, daß sie dem Gewohnheitsrechte theils aushelfend, theils maaßgebend zur Seite steht. Denn sie hat vorerst da durch Publicirung von neuen Gesetzen nachzuhelfen, wo das bisherige Gewohnheitsrecht nicht ausreicht, sondern Lücken läßt, was, bei sich steigernder Cultur und der daraus hervorgehenden Vervielfachung und Verwickelung der immer künstlicher zusammengesetzten und deßhalb schwerer zu beurtheilenden Rechtsverhältnisse, sehr bald der Fall ist. Sie hat aber auch nöthigenfalls überwachend und hemmend einzuschreiten, wo etwa das Gewohnheitsrecht eine dem wahren Staatszwecke nicht entsprechende Richtung zu nehmen droht. Zwar wird der Umstand, daß die allgemeine Rechtsüberzeugung, als die Grundlage des Gewohnheitsrechtes, gewöhnlich mit das Resultat einer durch Erfahrung erprobten Zweckmäßigkeit ist, es in der Regel nicht leicht dahin kommen lassen, daß eine wirklich ganz unpassende Norm auf diesem Wege die Form und den Charakter positiven Rechtes annimmt. Dennoch ist so etwas, unter besonderen Zeitverhältnissen, wenn der momentan im Volke, oder in gewissen Classen desselben vorherrschende Geist ein Mal eine verkehrte Richtung erhalten hat, nicht unmöglich.

Ueberhaupt leidet es keinen Zweifel, daß die gesetzgebende Gewalt im Staate, ihrer ganzen Stellung nach, nicht blos und allein eine neues positives Recht erzeugende Kraft, sondern auch die wichtige Aufgabe hat, alles positive Recht, es mag, seiner Quelle nach, entstanden sein, wie es wolle, also auch das Gewohnheitsrecht, fortwährend nach allen Richtungen hin, zu überwachen. Daraus erklärt sich auch vorerst die oft wiederkehrende geschichtliche Erscheinung, daß die gesetzgebende Behörde es für nöthig erachtet, das schon bisher vorhandene Gewohnheitsrecht zu sammeln und schriftlich aufzuzeichnen. Der Zweck ist dann theils der, manche durch ihr Alter, oder sonst unklar und schwankend gewordenen Rechtsgewohnheiten für die Zukunft fester zu stellen oder zu revidiren; theils der, bei dieser Gelegenheit, durch Einflechten älterer und neuerer Gesetze, die Resultate beider Rechtsquellen, den Zeitbedürfnissen gemäß, zu einem sich gegenseitig ergänzenden Rechtsganzen zu vereinigen. Daraus erklärt sich aber auch ferner die weitere geschichtliche Erscheinung, daß die gesetzgebende Behörde im Staate zuweilen sich genöthigt sieht, ein-

zelne Rechtsgewohnheiten, die sich im Staate entweder schon vollständig entwickelt haben, oder wenigstens im Begriffe sind, sich zu einer Rechtsquelle zu gestalten, in Form publicirter Gesetze wieder aufzuheben, oder vor ihrer vollen Entwickelung zur Rechtsgewohnheit, schon im Keime durch Verbote zu ersticken. Es ist das um so natürlicher, weil sie ja auch den Inhalt der bisher bestandenen publicirten Gesetze, durch Publication neuer Gesetze, aufzuheben, oder abzuändern befugt und berufen ist.[1])

Im Uebrigen können sowohl die auf publicirten Gesetzen, als die auf Gewohnheiten beruhenden Satzungen des positiven Rechtes, ihrem Umfange und ihrem sonstigen Inhalte nach, sehr verschieden sein. Sie können namentlich entweder für alle Staatsgenossen im ganzen Bereiche des Staates, oder nur für gewisse Classen derselben, oder nur für gewisse größere, oder kleinere Bezirke des Staatsgebietes bestimmt sein. Es hängt das, bei den publicirten Gesetzen, von ihrer Fassung und dem darin ausgesprochenen Willen der gesetzgebenden Behörde ab; bei den Rechtsgewohnheiten von dem bezirklichen, oder localen Umfange der Verbreitung und Aeußerung der allgemeinen Rechtsüberzeugung. Beide können ferner, dem Inhalte der in ihnen ausgesprochenen Rechtsvorschrift nach, bald etwas gebieten, bald etwas verbieten, bald etwas erlauben. Sie beziehen sich endlich bald auf Verhältnisse des öffentlichen Rechtes, bald auf die des Privatrechtes. Doch pflegt in dem bereits vollkommener ausgebildeten Staate die Anordnung der Verhältnisse des öffentlichen Rechtes, wenn auch nicht ausschließlich, doch vorzugsweise, der legislativen Gewalt und ihren publicirten Gesetzen anheim zu fallen. Dem Gewohnheitsrechte verbleibt dann im Ganzen nur die Anordnung der privatrechtlichen Verhältnisse, ohne daß diese dadurch der gesetzgebenden Gewalt entzogen wird. Der Grund davon liegt in dem schon oben angegebenen Wesen des öffentlichen Rechtes und seinem natürlichen Verhältnisse zum Privatrechte. Warum die Fortentwickelung des positiven Rechtes überhaupt im Laufe der Zeiten, je weiter die Cultur fortschreitet, sich immer mehr in die eigentliche Gesetzgebung zurückzieht, und folgeweise immer weniger den Rechtsgewohnheiten überlassen bleibt, während in der Urzeit das Verhältniß das umgekehrte ist, das geht aus dem bisher Gesagten gewissermaaßen schon von selbst hervor.

[1]) S. §. 7.

Auf keinen Fall hängt die bisher entwickelte Verschiedenheit der beiden Rechtsquellen insofern mit der politischen Verfassung des Staates zusammen, als ob einer derselben die republikanische, der anderen die monarchische Verfassung schon im Allgemeinen an sich günstiger, oder auch nur sonst mehr für eine derselben geeignet wäre. Vielmehr beruhen beide Rechtsquellen auf der Natur der Sache, und auf dem oben erwähnten Begriffe des Staates und Rechtes überhaupt. Nur die verschiedenen Formen, in welchen beide Rechtsquellen geschichtlich auftreten, sind zum Theil durch die politische Verfassung des Staates bedingt, oder werden wenigstens dadurch mannigfach modificirt.

Alles positive Recht beruht nun nothwendig auf einer dieser beiden Rechtsquellen, entweder auf den publicirten Gesetzen, oder auf den Rechtsgewohnheiten. Darauf bezieht sich heut zu Tage die Eintheilung alles positiven Rechtes in das *geschriebene* und in das *ungeschriebene*. Eine dritte, von jenen beiden ganz verschiedene Quelle des positiven Rechtes giebt es, schon der Natur der Sache nach, nicht. Denn, was man zuweilen, unter mancherlei Namen, dafür ausgegeben hat, sind entweder nur *besondere Formen* der Gesetze und Rechtsgewohnheiten, oder es sind eigenthümliche Umstände und Verhältnisse, welche auf den Inhalt und die Richtung jener beiden Rechtsquellen einwirken. Namentlich ist es eine schon oben erwähnte geschichtliche Erfahrung, daß, wenn die Rechtsverhältnisse im Staate anfangen, bis zu einem gewissen Grade künstlich und verwickelt zu werden, zu ihrer richtigen Beurtheilung nur wissenschaftlich gebildete Juristen vollkommen befähigt sind. Dann zieht sich die Fortentwickelung des positiven Rechtes insofern in den besonderen Stand der Juristen zurück, als von diesen gewöhnlich die erste Idee zu neuen Rechtssatzungen ausgeht. Der übrige Theil des Volkes, der genaueren Rechtskunde entfremdet, gewöhnt sich dann daran, die von jenen Juristen ausgesprochenen Rechtsansichten schon zum Voraus als die richtigen und zweckmäßigen anzuerkennen und zu den seinigen zu machen. Dadurch wird dann allerdings der Grund zu manchen neuen Rechtsgewohnheiten gelegt. In gleichem Maaße wird auch die legislative Behörde im Staate fast genöthigt, die neuen Resultate der sich immer mehr geltend machenden *Wissenschaft des Rechtes* in ihr Bereich zu ziehen und theilweise, in Form von publicirten Gesetzen, dem positiven Rechte einzuverleiben. Allein

dadurch verändert sich nur etwa der Stoff, oder die Veranlassung zu neuen Rechtsgewohnheiten und Gesetzen, ohne die wesentliche Natur dieser Rechtsquellen aufzuheben und ohne uns zu nöthigen, gegen die Natur der Sache und ohne ein praktisches Bedürfniß noch eine dritte, von jenen beiden verschiedene, selbstständige Quelle des positiven Rechtes, sei es nun unter dem Namen eines Juristenrechtes, oder unter einem anderen willkührlich ersonnenen Namen, anzunehmen. Es ist, wegen mancher auch praktisch wichtigen Consequenzen, nicht ohne Bedeutung, das besonders scharf hervorzuheben.

Lex est commune praeceptum — communis reipublicae sponsio. Papinian. in fr. 1. D. I, 3. de legibus.

Legis virtus est imperare, vetare, permittere, punire. Modestin. in fr. 7. D. I, 3. de legibus.

Pleraque in jure non legibus, sed moribus constant. Quinctil. Inst. orat. V. 3.

De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine introductum est. Julian. in fr. 32. pr. D. I, 3. de legibus.

Mores sunt tacitus consensus populi, longa consuetudine inveteratus. Ulpian. Fragm. I. §. 4.

Consuetudinis autem jus esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit. Cic. de invent. II, c. 22.

Ex non scripto jus venit, quod usus comprobavit. Nam diuturni mores, consensu utentium comprobati, legem imitantur. §. 9. Inst. I, 2. de jure nat.

Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est jus, quod dicitur moribus constitutum. Nam, cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod judicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes. Nam quid interest, suffragiis populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis? Quare rectissime et illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur. Julian. in fr. 32. §. 1. D. I, 3. de legibus.

§. 6.

Die Reception fremder Rechte, oder Rechtssätze.

Die Zweckmäßigkeit mancher Bestimmungen des positiven Rechtes kann sich mit Sicherheit namentlich auch für die Zukunft nur durch die Erfahrung erproben und bewähren. Daher erscheint es eben so natürlich, als vernünftig, daß ein Volk, bei der Bildung seines positiven Rechtes, zwar zunächst seine eigenen, aber

daneben auch fremde Rechtserfahrungen anderer Völker und Staaten benutzt. Zuweilen geschieht das in der Art, daß ein Volk sich geradezu und mit dem vollen Bewußtsein des fremdartigen Ursprunges ein ganzes fremdes positives Recht, oder wenigstens so viel davon aneignet, als die besonderen bürgerlichen Verhältnisse seines Staates dieses als Bedürfniß, oder als nützlich erscheinen lassen. Eine solche Reception kann dann, wie jede Fortbildung des positiven Rechtes, entweder durch Vermittelung eines publicirten Gesetzes, oder durch Gewohnheit erfolgen. Ob, wann und inwieweit sie überhaupt räthlich sei, hängt indessen von den besonderen Verhältnissen eines Volkes ab.

§. 7.

Weitere Fortbildung und Wiederaufhebung der positiven Rechtssätze.

Die allgemeine Rechtsidee bleibt zwar immer dieselbe, aber die Art ihrer Uebertragung in das Leben der Völker, in der Form positiven Rechtes, muß sich, um zweckmäßig zu erscheinen, den jederzeitigen, besonderen Rechtsbedürfnissen der Völker anschließen. Diese Rechtsbedürfnisse sind nun nicht überall dieselben, so wie sie auch mit den Zeitverhältnissen und dem Culturzustande wechseln. Dadurch erhält nicht blos die Verschiedenheit der positiven Rechte überhaupt eine sehr natürliche Erklärung, sondern auch die geschichtliche Erscheinung, daß das positive Recht desselben Volkes nie lange ganz und in allen seinen Theilen dasselbe bleibt, sondern, in steter Bewegung bleibend, sich fortwährend durch neue Gesetze, oder Gewohnheiten fortbildet und allmählig bedeutend umgestaltet. Ein jedes neue Gesetz und eine jede neue Gewohnheit erscheint daher, mehr oder weniger, als eine Aenderung des bisherigen Rechtes. Der Vorwurf einer gewissen Inconsequenz und Unbeständigkeit wird dadurch nicht begründet. Im Gegentheile ist schon an sich ein positives Recht, was unabänderlich für alle Zeiten und Verhältnisse gleichmäßig paßt, undenkbar.

Soweit nun, bei diesem steten Wechsel, die älteren bisherigen Rechtsnormen mit dem Inhalte der neueren Gesetze, oder Gewohnheiten im Widerspruche stehen, soweit verdienen immer diese letzteren, als die neueste und letzte Rechtsüberzeugung, in praktischer Beziehung den Vorzug. Es verdrängt dann insoweit, aber auch nur insoweit, immer der neuere Rechtssatz den

älteren. Jus posterius derogat priori. Wenn das, was allerdings möglich ist, dem Resultate nach, zu einer materiellen Verschlechterung des positiven Rechtes führen sollte, so ist das nur eine Folge entweder des gesunkenen Volksgeistes überhaupt, oder wenigstens der Unfähigkeit derjenigen legislativen Organe, durch welche sich, nach dem Obigen, die neuen Rechtssätze als allgemeine Rechtsüberzeugungen des Volkes aussprechen sollen. Oft freilich wird das erst viel später erkannt, erst nachdem jene hemmenden Hindernisse des Besseren wieder gehoben worden sind, und zieht dann wieder neue Veränderungen des positiven Rechtes nach sich.

Ea vero, quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent, vel tacito consensu populi, vel alia postea lege lata. §. 11. Inst. I, 2. de jure nat.

Αἱ μεταγενέστεραι διατάξεις ἰσχυρότεραι τῶν προ αὐτῶν εἰσίν, (i. e. constitutiones tempore posteriores potiores sunt his, quae ipsas praecesserunt). Modestin. in fr. 4. D. I, 4. de constitut. princ.

§. 8.

Die Wissenschaft des Rechtes und ihre verschiedenen Seiten.

Die Rechtswissenschaft, juris prudentia, juris scientia besteht aus den Rechtswahrheiten, den Rechtssätzen, insofern sie aus ihren inneren, oder äußeren Gründen entwickelt und zu einem wissenschaftlichen Ganzen zusammengestellt sind. Die Römer definiren sie als justi atque injusti scientia. Wenn sie dieselbe außerdem noch als divinarum atque humanarum rerum notitia bezeichnen, so scheint das allerdings zunächst auf den bei ihnen bestehenden Gegensatz des sacrum jus zu dem übrigen Rechte, dem humanum jus, hinzuweisen. Doch läßt es noch eine andere tiefer liegende Erklärung zu. Denn, wegen des schon oben angedeuteten genauen Zusammenhanges des Rechtes mit den wichtigsten Interessen der Menschheit und weil dasselbe in der That alle Lebensverhältnisse, sowohl die materiellen, als auch die geistigen und religiösen, berührt und durchdringt, kann die Jurisprudenz sehr wohl als die Wissenschaft der gesammten menschlichen Lebensverhältnisse bezeichnet werden.

Allerdings ist nun das Recht, seinem ganzen Zwecke und Inhalte nach, zunächst für das Leben selbst und also für die praktische Anwendung bestimmt. Daher darf auch, in seiner wissenschaftlichen Behandlung, eine gewisse praktische Tendenz nie ganz außer Acht gelassen werden. Dennoch lassen sich der Rechtswissenschaft, beson-

ders mit Rücksicht auf die Erkenntnißgründe des Rechtes, sehr verschiedene Seiten abgewinnen, bei denen jener auf unmittelbare Anwendung gerichtete Zweck bald mehr, bald weniger scharf hervortritt. Nur von einer vereinigten Berücksichtigung aller dieser Seiten ist das wahre Gedeihen des Rechtes, sowohl für das Leben, als für die Wissenschaft, zu erwarten.

Da wir selber in einem gegebenen Rechtszustande leben und uns das Recht überall, wo wir hinkommen, als ein positives, d. h. als etwas geschichtlich Gegebenes, entgegentritt, so ist freilich der nächste und natürlichste Standpunkt, von dem aus wir das Recht betrachten können und müssen, der *geschichtliche*.

Indessen auch bei der Verfolgung dieses geschichtlichen Gesichtspunktes lassen sich verschiedene Wege einschlagen. Wir können nämlich zunächst unser Augenmerk richten auf den Inhalt und die Gestaltung desjenigen positiven Rechtes, welches und wie es zu derjenigen bestimmten Zeit, die uns in praktischer Hinsicht als die wichtigste erscheint, Gültigkeit hat, oder gehabt hat. Allein, um zu einer solchen gründlichen *dogmatischen* Kenntniß des zu einer bestimmten Zeit bestehenden und geltenden positiven Rechtes zu gelangen, müssen wir nothwendig die eigentliche *Rechtsgeschichte* zu Hülfe nehmen. Wir untersuchen dann, wie, durch welche Ereignisse und Uebergänge, das Recht im Laufe der Zeiten, unter dem Einflusse der verschiedenen äußeren Verhältnisse und Umstände, sich allmählig zu derjenigen Gestalt, die wir zunächst in praktischer Beziehung festhalten wollen, herangebildet hat. Denn ein Resultat der Geschichte kann nur auf geschichtlichem Wege gehörig erkannt und die Gegenwart nur in genauer Verbindung mit der Vergangenheit, aus der sie hervorgetreten, richtig gewürdigt werden. Eine solche Rechtsgeschichte bietet schon deßhalb ein besonderes wissenschaftliches Interesse dar, weil sie einen höchst wichtigen Theil der allgemeinen Volks- und Culturgeschichte bildet. Denn gerade in der Geschichte des Aufbauens und Ausbildens seines positiven Rechtes spiegelt sich der Charakter eines Volkes mit am schärfsten.

Außer diesem geschichtlichen giebt es aber noch einen, davon ganz verschiedenen Erkenntnißgrund des Rechtes, den *philosophischen*. Wir können nämlich, ohne unmittelbare nächste Rücksicht auf das, was sich geschichtlich bisher bei uns selbst, oder bei irgend einem anderen Volke gebildet und ereignet hat, philosophische Untersuchungen darüber anstellen, theils ob und inwiefern

Staat und Recht überhaupt, als Vernunftideen, nothwendig erſcheinen, theils wie, nach den Forderungen unſerer Vernunft, Staat und Recht, um den höchſten Grad menſchlicher Vollkommenheit zu erreichen, eingerichtet ſein müſſen, theils endlich ob und inwiefern, unter beſtimmten, gegebenen Umſtänden und Verhältniſſen, ein ſolches Ideal des Rechtszuſtandes ſich verwirklichen laſſe. Man faßt dieſe Unterſuchungen zuſammen unter dem Namen der Philoſophie des Rechtes, bezeichnet auch wohl das Ergebniß derſelben als das Naturrecht, in dieſem Sinne des allerdings ſehr vieldeutigen Ausdruckes.

Neben dem allgemeinen, rein menſchlichen Intereſſe, welches die Rechtsphiloſophie, wegen des ſchon oben angedeuteten unmittelbaren Zuſammenhanges des Rechtes mit den höchſten Zwecken des menſchlichen Daſeins, darbietet, hat ſie auch ein bedeutendes praktiſches Intereſſe für das unmittelbare Rechtsleben ſelbſt. Denn nur ſie kann in uns denjenigen philoſophiſchen Sinn erwecken, welcher unumgänglich nothwendig iſt, um unbefangen und vorurtheilslos das poſitive Recht, ſeinem Inhalte nach, richtig aufzufaſſen, in ſeinen wahren Geiſt einzudringen, und ſeine Zweckmäßigkeit zu prüfen. Nur durch ſie gelangen wir ferner zu einer klaren Erkenntniß der bisherigen Mängel unſeres poſitiven Rechtszuſtandes, was doch der erſte nothwendige Schritt zum Beſſeren iſt. Nur durch ſie kann endlich mit einiger Sicherheit der Weg zu einer allmähligen Vervollkommnung unſerer rechtlichen Verhältniſſe, von welchen ein ſo großer Theil unſerer ganzen äußeren Wohlfahrt und derjenigen höchſten Entwickelung, deren der Menſch überhaupt fähig iſt, abhängt, gefunden, angebahnt und erleichtert werden.

Juris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia. §. 1. Inst. I. 1. de justitia et jure.

II.

Uebergang zu dem römischen Rechte.

§. 9.

Die Wissenschaft des römischen Rechtes insbesondere.

Wenden wir uns nun zunächst zu dem römischen Rechte, so ist dieses einer wissenschaftlichen Bearbeitung, nach allen erwähnten Richtungen hin, nicht blos fähig, sondern auch im höchsten Grade würdig. Was nun das praktische Interesse betrifft, was dasselbe uns darbietet, so knüpft sich dieses allerdings, nach dem geschichtlichen Entwickelungsgange unseres deutschen Rechtszustandes, zunächst an das römisch-justinianeische Recht, d. h. an den Inhalt derjenigen Sammlungen, in welchen wir es in der ersten Hälfte des sechsten Jahrhunderts n. Chr. zusammengestellt finden. Dieser Umstand erklärt es auch, warum in den Institutionenvorlesungen Justinian's Zeit in doppelter Beziehung hervortritt; ein Mal als das Hauptziel, auf welches alle Darstellung des Früheren, gewissermaßen nur vorbereitend und einleitend, hin arbeitet; sodann aber auch als der Endpunkt, mit welchem sich für uns der Begriff des eigentlichen römischen Rechtes schließt. Denn alles Nachfolgende nimmt mehr nur den Charakter einer Literärgeschichte desselben an.

Allein, selbst wenn nicht höhere, wissenschaftliche Rücksichten eine geschichtliche Entwickelung des römischen Rechtes von seinem Ursprunge an, soweit wir ihn verfolgen können, gerade als den interessanteren Theil erscheinen ließen, so würde doch schon jener praktische Hauptzweck es nothwendig machen, die Methode der rein geschichtlichen Entwickelung vorwalten zu lassen. Denn nur auf diesem Wege kann derselbe mit Sicherheit und Erfolg erreicht werden. Ja, es wird und soll sogar in den Institutionen die Methode der geschichtlichen Entwickelung in der Art vorherrschen, daß das justinianeische Recht, seinen neuesten Erscheinungen nach, mehr in den Hintergrund zurücktritt. Das hängt zusammen mit einer anderen, althergebrachten und noch jetzt auf den deutschen Universitäten gangbaren Vorlesung über das römische Recht, den s. g. Pandekten. Diese letzteren sind dazu bestimmt, nach der vorausgeschickten mehr rein geschichtlichen Einleitung, wie die Institutionen sie bezwecken, das weitläufigere, dogmati-

sche Detail des rein justinianeischen Rechtes, wie es noch heut zu Tage bei uns zur Anwendung kommen soll, oder kann, wissenschaftlich zu entwickeln. Dadurch eben werden diese beiden akademischen Vorlesungen zu solchen, welche sich gegenseitig ergänzen und in die Hand arbeiten.

§. 9ª.

Quellen der Kunde des römischen Rechtes überhaupt.

Als Quellen der römischen Rechtskunde — nicht zu verwechseln mit den Quellen des römischen Rechtes selbst, — erscheinen alle geschichtlichen Hülfsmittel, durch welche überhaupt die Kenntniß des römischen Rechtes gesammelt werden kann und soll.

Sie lassen sich auf folgende zurückführen.

1) Auf Denkmäler, welche sich, näher oder entfernter, auf Rechtsverhältnisse des römischen Staates beziehen. Dahin gehören Inschriften und Urkunden auf Stein, Metall, oder anderem Materiale,[1]) ferner Urkunden auf Pergament, oder Papyrus, endlich Münzen und Medaillen.[2])

2) Auf eigentliche schriftstellerische Erzeugnisse. Die wichtigsten sind natürlich die der s. g. juristischen Schriftsteller, d. h. derjenigen, welche zunächst das römische Recht als Hauptgegenstand behandeln. Ihre specielle Aufzählung und Charakterisirung wird erst im weiteren Laufe der Vorlesung, in Verbindung mit der Geschichte der Rechtsquellen selbst, die darin behandelt und erläutert werden, ihren passenden Ort finden und daher, soweit es die Anlage dieses Lehrbuches erheischt, der s. g. äußeren Rechtsgeschichte eingeflochten werden. Aber auch das Studium der nicht juristischen Schriftsteller, der römischen und griechischen, kann sehr wichtig werden, weil sie, wenn auch nur beiläufig, doch nicht selten für das römische Recht sehr bedeutende Nachrichten, oft an Orten, wo man sie gar nicht erwarten sollte, enthalten. Zu diesen letzteren gehören, als römische Geschichtsschreiber, vorzüglich: C.

[1]) Antiquitatis romanae monumenta legalia extra libros juris romani sparsa, quae in aere, lapide aliave materia — supersunt. Delectu, forma et variarum lectionum adnotatione usui expeditiori accommodavit cet. C. G. Haubold. Opus ex adversariis defuncti auctoris, quantum fieri potuit, restituit E. Spangenberg. Berol. 1830.

[2]) Sie finden sich in den bekannten größeren numismatischen Werken von Spanheim und von Eckhel.

Julius Caesar, Cornelius Nepos, C. Salluſtius Criſpus, Tit. Livius, C. Cornelius Tacitus, C. Suetonius Tranquillus, C. Vellejus Paterculus; ferner die ſ. g. scriptores rei augustae: Aelius Spartianus, Vulcatius Gallicanus, Trebellius Pollio, Flavius Vopiſcus, Aelius Lampridius, Julius Capitolinus, wozu noch hinzukommen: Aurelius Victor, Eutropius, Valerius Maximus und Ammianus Marcellinus. Unter den Griechen: Polybius, Diodor von Sicilien, Dionys von Halicarnaß, Plutarch, Appian, Dio Caſſius, Herodian, Zoſimus, Procopius, Agathias, Menander. Als philoſophiſche Schriftſteller, Epiſtolographen und Rhetoriker verdienen Erwähnung: M. Tullius Cicero, L. Annaeus Seneca, Plinius der Aeltere und der Jüngere, Q. Aur. Symmachus, M. Fabius Quinctilianus, C. Jul. Victor. Als Grammatiker: M. Terentius Varro, S. Pompejus Feſtus, A. Gellius, Macrobius, Nonius Marcellus, Iſidorus Hiſpalenſis. Unter den scriptoribus rei rusticae et agrariae: M. Porcius Cato, M. Terentius Varro, Palladius, Columella, S. Julius Frontinus, Aggenus Urbicus, Hyginus (Hygenus). Als Commentatoren und Scholiaſten: Aſconius Pedianus, Boethius, Donatus, Servius. Endlich unter den Kirchenvätern: Tertullianus, Cyprianus, Arnobius, Lactantius, Auguſtinus.

Erſter Theil.

Geſchichte der Quellen des römiſchen Rechtes.[1])

§. 10.

Eigenthümlichkeit der Quellen im Allgemeinen und Periodiſirung.

Natürlich leidet auch auf die Geſchichte der Quellen des römiſchen Rechtes alles dasjenige volle Anwendung, was oben in der Einleitung über den naturgemäßen Bildungs- und Entwickelungsgang alles poſitiven Rechtes im Allgemeinen geſagt

[1]) Unter den vielen Geſchichten der Quellen des römiſchen Rechtes verdienen folgende, wenngleich zum Theil in verſchiedener Richtung und aus verſchiedenen Gründen, hervorgehoben zu werden. I. G. Heineccii historia juris civilis romani. Zuerſt Hal. 1733. 8. — J. A. Bach historia jurisprudentiae romanae. Ed. VI. nov. observatt. auxit A. C. Stockmann. Lips. 1806. — G. Hugo, Lehrbuch der Geſchichte des römiſchen Rechts bis auf Juſtinian. 11. Ausgabe. Berl. 1830. — C. W. Zimmern, Geſchichte des röm. Privatrechtes bis auf Juſtinian. B. I. Heidelb. 1826. — Walter, Geſchichte des röm. Rechts bis auf Juſtinian. 3. Aufl. Bonn 1860 u. f. — G. F. Puchta, Curſus der Inſtitutionen. Leipz. 1841. 5. Aufl. 1856 f.

Unter denjenigen Werken, worin mehrere Quellen des römiſchen Rechtes geſammelt, oder erläutert worden, ſind hier vorläufig zu erwähnen: A. Augustinus, de legibus et senatus consultis liber, adjunctis legum antiquarum et senatus consultorum fragmentis, cum notis Fulvii Ursini. Rom. 1583. 4. — Jac. Gothofredus fontes quattuor juris civilis in unum collecti cet. Gen. 1653. 4. — Ant. Schulting jurisprudentia vetus antejustinianea. Lugd. Bat. 1717. 4. — Jus civile antejustinianeum, codicum et optimarum editionum ope a societate jurisconsultorum curatum, praefatus est G. Hugo. Tomi II. Berol. 1815. 8. — Am reichhaltigſten und vollſtändigſten iſt: corpus juris rom. antej. consilio professorum Bonnensium; praefatus est Ed. Boecking. Bonn. von 1835 an, in mehreren Bänden. 4.

worden ist. Aber unverkennbar haben die Quellen des römischen Rechtes, unter den geschichtlichen Einflüssen seiner Zeit, zum Theil eine höchst eigenthümliche Richtung genommen. Gerade daraus, in genauer Verbindung mit dem römischen Volkscharakter und gewissen anderen, für die Bildung des positiven Rechtes günstigen Verhältnissen des römischen Staates, erklärt es sich, wie das römische Recht, namentlich das Privatrecht, sich im Laufe der Zeiten zu einer so hohen Vortrefflichkeit entwickeln konnte. Denn die beiden Vorzüge, welche in der Blüthezeit dasselbe am meisten charakterisiren, Einheit und innere Consequenz in der Durchbildung der einzelnen Rechtslehren, wurden durch jene Thatsachen bedeutend gefördert.

Die Gründe, welche die Eintheilung in diejenigen vier Perioden, wie sie in dem Nachfolgenden aufgestellt worden sind, rechtfertigen, hängen mit der Geschichte der Quellen selbst zusammen und werden sich aus ihren Resultaten von selbst ergeben. Denn allen diesen Zeitabschnitten liegen wichtige Veränderungen in der Verfassung und politischen Geschichte des römischen Staates zum Grunde, aus welchen entweder ganz neue Quellen des Rechtes hervorgegangen sind, oder wenigstens die schon vorhandenen eine neue Richtung erhalten haben. Daß sich für die innere Geschichte der einzelnen Lehren und Rechtsinstitute selbst, für die s. g. innere Rechtsgeschichte zum Theil andere Perioden auffinden ließen, kann daher um so weniger der hier versuchten Periodisirung zum Vorwurfe gemacht werden, weil diese sich zunächst allein auf die Geschichte der Quellen bezieht.

Damit hängt zusammen, warum einer jeden Periode einige allgemeine geschichtliche Bemerkungen, über die damalige politische Verfassung des römischen Staates, vorausgeschickt worden sind. Denn mit ihnen steht der wahre Charakter der daraus hervorgegangenen neuen Rechtsquellen nicht selten in genauester Verbindung. Doch konnten und sollten dieses nur kurze Andeutungen sein, nur Verweisungen auf die allgemeine Geschichte des römischen Volkes und Staates, die in ihren Grundzügen als bekannt vorausgesetzt wird.

Erſte Periode.

Von der älteſten Zeit bis auf die Abfaſſung der Zwölftafelgeſetze.

§. 11.

Grundzüge der politiſchen Verfaſſung des Staates.

Allerdings mag von den uns überlieferten Nachrichten über die älteſte Staats- und Rechtsverfaſſung Roms ſehr Vieles ungewiß und ſagenhaft ſein. Auch iſt es ſicher eine äußerſt ſchwer zu löſende Aufgabe für die kritiſche Geſchichtsforſchung, aus dem Gewirre dieſer ſich oft geradezu widerſprechenden Nachrichten das hiſtoriſch Wahre von dem Erdichteten, oder Entſtellten zu ſondern.[1]) Dennoch können folgende Grundzüge als ſolche gelten, welche, in ihrer Allgemeinheit und von manchen Specialitäten entkleidet, den Charakter des Geſchichtlichen und Wahren an ſich tragen.

Der römiſche Staat war zwar inſofern ein monarchiſcher, als ein auf Lebensdauer ernannter rex, deſſen oberſter Leitung die weſentlichſten Regierungsgewalten, ſowohl für den Krieg als den Frieden, anvertraut waren, an der Spitze ſtand. Aber die Idee einer höchſten, dem Volke zuſtehenden Gewalt, welche gewiſſermaaßen nur von dem Könige repräſentirt und geleitet wurde, machte ſich doch ſchon vom Anfange an in der damaligen politiſchen Verfaſſung geltend. Denn vorerſt wurde der König von dem Volke gewählt. Sodann zeigten ſich auch früh deutliche Spuren einer Beſchränkung und Mäßigung der königlichen Gewalt durch zwei Abtheilungen des Volkes, die dem Könige bei der Regierung nicht blos aushelfend und mitberathend,

[1]) Dieſe Aufgabe ſuchen zu löſen folgende Werke, die freilich dabei zum Theil ſehr verſchiedene Wege einſchlagen und auf dieſen oft zu ſehr verſchiedenen Reſultaten gelangen. Giamb. Vico, cinque libri de'principj d'una scienza nuova alla comune natura delle nazioni. 1725. umgearbeitet 1732. — B. G. Niebuhr, römiſche Geſchichte. 3 Theile. 1. u. 2. Theil, zuerſt Berl. 1811 u. 1812; in der dritten Ausgabe 1828 u. 1830; der 3. Theil 1832 nach des Verf. Tode. — J. Rubino, Unterſuchungen über römiſche Verfaſſung und Geſchichte. Caſſel 1839. — K. W. Göttling, Geſchichte des röm. Staates von Erbauung Roms bis zu Cäſar's Tode. Halle, 1840. — Th. Mommſen, Römiſche Geſchichte. 3 Bände, deren letzter Berlin, 1856.

sondern auch zum Theil wirklich mitregierend, zur Seite standen. Denn entschieden lag in ihren Händen die höchste gesetzgebende, wahrscheinlich aber auch die höchste richterliche Gewalt. Sie bestanden aus dem senatus und aus dem populus. Nur waren, wie das in allen rohen, unausgebildeten Verfassungen der Fall zu sein pflegt, jene zur Beschränkung der königlichen Gewalt bestimmten Volkselemente anfangs noch in keine scharf vorgezeichneten Grenzen gewiesen. Eben darum kam auf die Persönlichkeit des Königs, je nachdem dieser sein monarchisches Ansehen geltend zu machen wußte, so viel an.

Auch der Keim zu dem nachher so lange dauernden Kampfe zwischen dem aristokratischen und dem demokratischen Elemente der Volksregierung, welcher für die nachherige Ausbildung des Rechtszustandes so wichtig geworden ist, war sehr alt. Denn der Gegensatz der zwei, späterhin eine Zeit lang fast kastenartig von einander abgesonderten Stände, der Patricier und der Plebejer, von denen die ersteren ursprünglich allein den Populus bildeten und allein wirklichen Antheil an der Regierungsgewalt hatten, scheint schon in der ersten Begründung des Staates und in den verschiedenen eigenthümlichen Bestandtheilen desselben gelegen zu haben.

Unter Servius Tullius,[1]) unter dessen Regierung überhaupt der Grund zu einer neuen Verfassung und zweckmäßigeren Gliederung des Staates, wie dieselbe erst allmählig im Laufe von Jahrhunderten ihre Vollendung erhalten hat, gelegt wurde, erhielt die Plebs allerdings eine politisch mehr gesicherte Stellung und wurde namentlich mit in den populus aufgenommen. Aber nichts desto weniger mußte das rechtliche Verhältniß der beiden Stände schon deßhalb immer schwankend bleiben, weil auf der einen Seite die Plebejer, jetzt zu einer gewissen politischen Selbstständigkeit und Bedeutung gelangt, im Gefühle ihrer wachsenden Kraft, unabläßig nach neuen Begünstigungen strebten, auf der anderen Seite aber die Patricier immer geneigt waren, selbst die bereits verfassungsmäßig begründeten Rechte der Plebejer zu verkürzen. Dazu kam, daß die Könige, je nachdem ihre Politik es erheischte, bald die Ansprüche der Patricier unterstützten, bald aber auch, und das wohl am häufigsten, den ihnen selbst lästigen Anmaßungen

[1]) E. Huschke, die Verfassung des Servius Tullius, als Grundlage zu einer röm. Verfassungsgeschichte entwickelt. Heidelb. 1839. 8.

der Patricier, durch politiſche Begünſtigung der Plebejer, entgegenarbeiteten.

So wenig wir auch endlich Beſtimmtes davon wiſſen, ſo ſcheint doch das urſprünglich im römiſchen Staate geltende poſitive Recht nicht denjenigen Charakter von nationaler Einheit, der ſpäterhin als beſonderer Vorzug deſſelben hervortritt, an ſich getragen zu haben. Denn der Mangel einer urſprünglichen genealogiſchen Einheit des Volkes, die erſte Begründung des Staates als Colonie, und die Art, wie er ſich durch Einwanderungen und Verbindung mit Nachbarſtaaten vergrößerte, ſind Umſtände, welche faſt mit Nothwendigkeit die Folge hatten, daß zunächſt, in Form von verſchiedenen Stamm- und Volksrechten, eine Menge fremdartiger Rechtselemente zuſammenkamen. Erſt allmählig ſehen wir dieſelben ſich mit einander mehr zu einem gleichartigen Ganzen verſchmelzen.

So hatte der römiſche Staat unter ſieben Königen faſt 250 Jahre lang beſtanden, als, in Folge einer, ihrer wahren Veranlaſſung und Tendenz nach, geſchichtlich noch immer dunkelen Revolution, der ſiebente König, mit ſeiner Familie und ſeinen nächſten Anhängern, verbannt und die bisherige Verfaſſung des Staates unter einem rex auf ewige Zeiten abgeſchafft wurde.

An die Stelle jenes rex traten nunmehr zwei, durch Volkswahl zu beſtimmende magistratus populi patricieſchen Standes, consules, welche, mit geringer Ausnahme, die ganze bisherige regia potestas in ihrer Amtsgewalt vereinigten. Nur dauerte ihre Regierung blos ein Jahr, und, da Beide mit gleicher Gewalt verſehen waren, ſo konnte Einer Regierungshandlungen des Anderen im einzelnen Falle durch ſein Dazwiſchenſchreiten hemmen.

Wenngleich nun dieſe neue Verfaſſung den Namen einer libera respublica führte und den äußeren Schein einer demokratiſchen Volksherrſchaft an ſich trug, ſo war ſie doch, ihrem Weſen nach, eine reine Ariſtokratie, und noch dazu in ſehr drückenden Formen. Es lag nämlich in der ganzen Organiſation der neuen Staatsbehörden, daß faſt alle Regierungsgewalt ausſchließlich in die Hände der Patricier kam, welche ſie, wie aus allem hervorgeht, nicht ſelten, eben ſo ſchonungslos, als unpolitiſch, zur Unterdrückung der Plebejer mißbrauchten.

Daher gleich nach der Revolution die Unzufriedenheit der Plebejer mit der neuen Verfaſſung des Staates, indem ſie, der

Sache nach, wenig, oder nichts dabei gewonnen, sondern vielmehr in dem Könige ihren natürlichen Beschützer gegen die Anmaßungen der Patricier verloren hatte. Daher ferner begann, gleich in den ersten Jahren der neuen Consularverfassung, eine ganze Reihe von inneren Kämpfen zwischen den übermüthigen Patriciern und den Plebejern, welche in diesem Streite ihre Kraft immer mehr fühlen lernten und sich als Stand, den Patriciern gegenüber, politisch und bürgerlich, zu emancipiren suchten. Die erste Frucht dieses nicht erfolglosen Strebens war die Erzwingung des Tribunates. 260 n. E. R. Denn, obgleich schon früher die Plebejer, als Gemeinde, Vorsteher gehabt hatten, welche sie selbst und aus sich selbst wählten, so war es doch eine ganz andere und viel freiere politische Stellung, welche diese Vorsteher nunmehr als plebeji magistratus, unter dem Namen tribuni plebis, erhielten. Dadurch erst wurde es ihnen möglich, sowohl die Plebs als Gemeinde, wie die einzelnen Plebejer gegen patricische Anmaßungen und Bedrückungen kräftig zu schützen. Sie waren es ferner, welche, als politische Führer und Leiter der Plebs, den bisher ungeregelten Bewegungen der Masse eine festere und consequentere Richtung gaben. Damit hing auch zusammen, daß sie sehr bald den Grund zu einer neuen wichtigen Quelle des scriptum jus, zu den Plebisciten, legten.

§. 12.

Das Recht selbst und seine Quellen in dieser Periode.

Was den damaligen Rechtszustand selbst betrifft, so lag es in der ganzen Verfassung des Staates, theils daß ein gewisses theokratisches Element darin vorwaltete, in Gefolge dessen die pontifices als die vorzüglichsten Bewahrer des Rechtes galten, theils daß das Recht sich in ein doppeltes, in ein patricisches und ein plebejisches, zerspaltete.

Seinen Quellen nach bestand das älteste römische Recht fast blos aus Gewohnheiten, wie ja überhaupt Rechtsgewohnheiten die erste Grundlage eines jeden positiven Rechtes zu bilden pflegen. Von diesen Rechtsgewohnheiten mögen freilich manche schon gleich anfangs, aus den verschiedenen Gegenden Italiens und von den verschiedenen Volksstämmen, also auch wohl mit einer particularrechtlichen Färbung, in den neugebildeten Staat mitgebracht worden sein. Viele aber fanden dort erst ihren Ursprung,

und wenigstens späterhin wirkte der ganze fernere Entwickelungsgang des römischen Rechtes, in einer wohlthätigen Weise, auf Einheit des Rechtszustandes hin, wodurch die vielen, ursprünglich zusammen getroffenen particularrechtlichen Elemente in einem gemeinen römischen Rechte allmählig untergingen.

Uebrigens gab es doch auch schon unter den Königen wahre Gesetze, indem der König verfassungsmäßig dem Volke Anträge zu neuen Gesetzen vorlegte, die, wenn sie von dem Volke in den Curiatcomitien angenommen und vom Senate genehmigt worden, vim legis erhielten. Nur wissen wir freilich von diesen Gesetzen, nach dem vorschlagenden Könige leges regiae genannt, sehr wenig Bestimmteres. Denn, wenngleich es eine ungeschichtliche Behauptung ist, daß sie sofort mit der Vertreibung der Könige förmlich aufgehoben worden seien, so kamen sie doch um so natürlicher, in ihrer Eigenschaft als leges regiae, bald in Vergessenheit, weil ihr Inhalt, soweit er auch unter der veränderten Staatsverfassung noch fortwährend galt, wohl zum Theil in die zwölf Tafeln aufgenommen wurden und seitdem nur unter diesem Namen im Gebrauche blieb. Auch ist es, bei den sich darüber widersprechenden Nachrichten, nicht recht klar, welche Bewandtniß es gehabt habe mit derjenigen Sammlung der Königsgesetze, welche der Pontifex Sextus Papirius unter dem letzten Könige gemacht und veröffentlicht haben soll. Jus civile Papirianum. Desgleichen mit demjenigen Werke, was gegen Ende der libera respublica Granius Flaccus, de jure papiriano, geschrieben haben soll. So viel ist gewiß, daß in seiner ursprünglichen Gestalt sich von diesen Gesetzen nichts bis auf unsere Zeiten erhalten hat. Nur auf späteren, zum Theil sehr unsicheren und schwankenden Relationen beruht, was man heut zu Tage, unter dem Namen leges regiae, gesammelt und zusammengestellt hat.[1])

Auch unter der Consularverfassung gab es nun freilich Gesetze, Volksgesetze, Beschlüsse sowohl des Populus, als der Plebs, die schon dieser Periode angehören. Allein, da ihre volle Ausbildung und Wichtigkeit erst in die folgende Periode fällt, so sind sie passender dort, in Verbindung mit den Senatusconsulten, abzuhandeln.

[1]) H. E. Dirksen, Versuche zur Kritik und Auslegung. (Leipzig, 1823.) Nr. 6., wo auch die älteren Sammler der leges regiae genannt werden.

Als die bei Weitem wichtigste Gesetzurkunde aus dieser Zeit erscheinen die Zwölftafelgesetze, welche den in jeder Beziehung merkwürdigen Schlußpunkt dieser ersten Periode bilden.

Leges quasdam et ipse (Romulus) curiatas ad populum tulit. Tulerunt et sequentes reges, quae omnes conscriptae exstant in libro Sexti Papirii, qui fuit illis temporibus, quibus Superbus Demarati Corinthii filius, ex principalibus viris. Is liber, ut diximus, appellatur jus civile Papirianum, non quia Papirius de suo quidquam ibi adjecit, sed quod leges sine ordine latas in unum composuit. Pompon. in fr. 2. §. 2. D. I, 2. de orig. jur. Vgl. Dion. Halic. III. c. 36. — Censorinus de die nat. c. 3.

Omnium tamen harum (legum) et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis. Pompon. in fr. 2. §. 6. D. eod.

§. 13.

Die Abfassung der Zwölftafelgesetze.

So dunkel auch sonst die Geschichte der leges duodecim tabularum erscheint, so ist es doch, nach den neuesten Forschungen darüber, gewiß, daß sie zunächst eine rein politische Veranlassung hatten und mit den einander widerstrebenden Interessen der Patricier und Plebejer genau zusammenhingen. Denn entschieden waren es die Plebejer, welche durch ihre Tribunen sie herbeiführten, ja gewissermaaßen erzwangen. Sie beabsichtigten damit vorerst eine, ihnen schon früher mehrmals versprochene, festere, durch den klaren Buchstaben mehr gegen willkürliche Deutungen der Patricier gesicherte Zusammenstellung mancher bisher schwankender Rechtsverhältnisse im Staate, mittelst einer möglichst bestimmt gefaßten, Allen zugänglichen, umfassenden Gesetzesurkunde. Sodann hofften sie aber auch, bei dieser Gelegenheit, die Berücksichtigung und Gewährung mancher, ihnen bisher noch verweigerter Ansprüche, so wie überhaupt eine rechtliche Gleichstellung der Plebs mit den Patriciern, exaequatio juris, zu erlangen. Daß dieser letzte Zweck nicht vollständig erreicht wurde, steht darum nicht entgegen, weil die Patricier, obgleich sie das Unternehmen nicht ganz hindern konnten, doch natürlich auch ihrerseits, bei der Ausführung, ihr eigenes Standesinteresse möglichst zu wahren suchten, und damals noch sehr mächtig waren. Jedenfalls lag für die Plebejer schon ein großer Gewinn in der

ihnen, durch die neue Gesetzesurkunde gewährten Garantie des schon bisher bestehenden Rechtes, soweit es ihnen günstig war.

Ueberhaupt konnte nur durch ein gegenseitiges Nachgeben ein solcher Grundvergleich zu Stande kommen. Das zeigte sich auch in der Maaßregel, daß einstweilen, um alle politischen Uneinigkeiten in der Zwischenzeit zu hemmen, die ganze bisherige Verfassung des Staates suspendirt wurde. An die Stelle der Consuln und Tribunen traten zehn, wenigstens im ersten Jahre blos aus den Patriciern erwählte Männer, decemviri legibus scribendis, mit der doppelten Amtsbestimmung, theils um inzwischen den Staat zu regieren, theils um das neue Grundgesetz zu entwerfen. Diese machten am Ende ihres ersten Amtsjahres (303 n. R. E.) zehn Tafeln Gesetze bekannt, welche von dem Volke in den Comitien bestätigt und vom Senate genehmigt wurden. Das Jahr darauf ließen sie noch zwei Tafeln, als Nachtrag, nachfolgen. Da übrigens die Decemvirn, auch nach Beendigung ihrer Commission, sich durch Anmaßung in der Regierung fortbehaupten wollten, so wurden sie, im Gefolge eines Volkstumultes, mit Gewalt abgesetzt. Nunmehr trat die alte bisherige Verfassung des Staates, jedoch mit den wichtigen Aenderungen, welche in jenem Grundgesetze enthalten waren, wieder in Wirksamkeit.

Was sonst noch von der Geschichte der zwölf Tafeln, ihrem Stoffe, ihrer Vorbereitung durch zuvor in das Ausland geschickte Gesandte, dem angeblichen Einflusse fremder, besonders griechischer Rechte darauf, und ihrer Anordnung nach gewissen Materien uns überliefert worden, ist theils widersprechend, theils geradezu falsch, theils wenigstens sehr schwankend. Auch kennen wir ihren Inhalt weder vollständig, noch in der ursprünglichen Form und Sprache, da die Gesetzesurkunde selbst überhaupt gar nicht abschriftlich auf unsere Zeiten gekommen ist. Doch enthielt sie, aller Wahrscheinlichkeit nach, neben manchen einzelnen nöthig befundenen Neuerungen, besonders im Interesse der Plebejer, wohl hauptsächlich die bisherigen, oft durch ihr Alter, durch verschiedene Auslegung, oder absichtliche Verdrehungen unsicher gewordenen Grundsätze sowohl des öffentlichen, als des Privatrechtes, die jetzt auf diesem Wege für alle Zukunft mehr fixirt wurden.

So viel ist gewiß, daß die leges XII tabularum, auch

lex XII tabularum, oder lex decemviralis, δωδεκάδελτος genannt, welche Livius als corpus omnis romani juris, als fons publici privatique juris, Tacitus als finis aequi juris bezeichnet, in ihrer Art einzig in der römischen Rechtsgeschichte dastehen. Denn sie sind späterhin sehr lange, im Grunde bis auf Justinian, die einzige vollständige Gesetzgebung, welche das gesammte positive römische Recht umfaßte, geblieben. Auch galten sie fortwährend, selbst nachdem sie längst, schon ihrer veralteten Sprache wegen, dem allgemeinen Verständnisse entzogen worden, und nachdem schon in der That der größte Theil der ursprünglichen Zwölftafelgesetzgebung durch neueres, derogirendes und modificirendes Recht verdrängt worden war, dem Namen und der Theorie nach, als die wichtigste Grundlage alles nachherigen römischen Rechtes. Denn an sie wurde alles spätere Recht, wenigstens bei der wissenschaftlichen Bearbeitung, künstlich und mit geflissener Sorgfalt, als bloße zeitgemäße Erweiterung oder Aenderung in den einzelnen Punkten, angeknüpft. Erst durch Justinian's große Sammlungen ist auch formell die praktische Gültigkeit der Zwölftafelgesetze im römischen Staate aufgehoben worden.

Leider haben wir nur eine sehr unvollständige Kenntniß von dem specielleren Inhalte derselben. Zwar ist uns eine Reihe von etwa hundert zerstreuten Bruchstücken, angeblich wortgetreu, zum Theil sogar mit Angabe der Zahl der Tafel, wohin sie gehörten, überliefert worden. Aber die Aechtheit derselben in formeller Beziehung, ihrer ursprünglichen Wortfassung nach, ist fast nirgends verbürgt, und selbst ihr materieller Inhalt unterliegt oft großen Bedenken. Die übrige Kenntniß derselben verdanken wir bloßen, theils in juristischen, theils in anderen Schriften enthaltenen Relationen von Stellen der zwölf Tafeln. Dennoch sind, seit dem sechszehnten Jahrhunderte, in wissenschaftlicher Beziehung, mancherlei Versuche gemacht worden, die Zwölftafelgesetze aus diesen Bruchstücken und einzelnen Notizen wieder zu einem Ganzen zusammenzustellen, namentlich von Jacobus Gothofredus[1])

[1]) Jac. Gothofredi fragmenta XII tabularum suis nunc primum tabulis restituta. Heidelb. 1616. 4. späterhin noch verbessert in quattuor fontes juris civilis. Genev. 1653.

und Haubold.[1]) Dirksen[2]) hat zuletzt alles bisherige Material darüber, mit sorgfältiger Kritik der früheren Versuche und mit eigenen, selbstständigen Forschungen, zu einem Ganzen verarbeitet.

Placuit, publica auctoritate decem constitui viros, per quos peterentur leges a graecis civitatibus et civitas fundaretur legibus, quas in tabulas eboreas (roboreas?) perscriptas pro rostris composuerunt, ut possent leges apertius percipi, datumque est eis jus eo anno in civitate summum, uti leges et corrigerent, si opus esset, et interpretarentur, neque provocatio ab eis, sicut a reliquis magistratibus, fieret. Qui ipsi animadverterunt, aliquid deesse istis primis legibus, ideoque sequenti anno alias duas ad easdem tabulas adjecerunt. Et ita ex accidentia appellatae sunt leges duodecim tabularum, quarum ferendarum auctorem fuisse decemviris Hermodorum quendam Ephesium, exulantem in Italia, quidam retulerunt. Pompon. in fr. 2. §. 3. et 4. D. I, 2. de orig. jur. — Vgl. noch Cic. de rep. II. c. 36. 37. 57. III. c. 37. de orat. I. c. 43. — Liv. III. c. 9. 10. 11. 31 sqq. IV. c. 1—6. — Tac. Annal. III. c. 27. — Gell. N. A. XX. c. 1. — Dion. Halic. X. c. 3 sqq.

Zweite Periode.

Von den Zwölftafelgesetzen bis auf die Entstehung der Alleinherrschaft unter Kaiser Augustus.

§. 14.

Politische Veränderungen im Staate.

Der schon in der vorigen Periode begonnene Kampf des demokratischen Principes mit dem aristokratischen dauerte noch längere Zeit in dieser Periode fort, bis endlich das letztere völlig unterlag.

Schon die nächsten Jahre nach Abfassung der zwölf Tafeln bewiesen, wie wenig die Plebejer gesonnen waren, sich mit den bisher den Patriciern abgedrungenen Zugeständnissen zu begnügen. Sie arbeiteten vielmehr, geleitet und angefeuert durch die

---

[1]) Haubold inst. jur. rom. priv. hist. dogm. epitome. Lips. 1821 pag. 129.

[2]) H. E. Dirksen, Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölftafelgesetze. Leipzig. 1824.

Anschläge ihrer Tribunen, auf eine völlige politische und bürgerliche Gleichstellung beider Stände, exaequatio juris, welche durch die zwölf Tafeln zwar angebahnt und begonnen, aber noch lange nicht durchgesetzt war, um so unablässiger hin, je mehr sie in den bisherigen Kämpfen sich ihrer Kraft bewußt worden. Auch konnte, trotz dem lebhaften Widerstande der Patricier, das, was einmal in dem Geiste und in der Richtung der damaligen Zeit lag, nicht länger aufgehalten werden. Daher fiel allmählig eine Schranke nach der andern, welche zeither die Stände geschieden und den Staat politisch zerspalten hatten. Aus diesen inneren Kämpfen, nur durch äußere, mit wenigen Ausnahmen glücklich geführte Kriege unterbrochen, gingen die meisten wichtigen Veränderungen in der Staatsverfassung hervor, namentlich die Bildung neuer legislativer Gewalten und deren Formen, so wie die Entstehung neuer Magistratus, welche auf die Entwickelung und Richtung des damaligen Rechtes den entschiedensten Einfluß gehabt haben.

In anderer Beziehung erscheint, wegen seiner Folgen, sehr wichtig der Umstand, daß jetzt der römische Staat, durch Eroberungen, die sich nicht blos über ganz Italien, sondern auch über viele Länder außer Italien erstreckten, zu einem mächtigen Reiche anwuchs und den Grund zu der nachherigen Art von Weltherrschaft, einem orbis terrarum romanus, zu legen begann. Eine natürliche Folge davon war der immer höher steigende Werth der römischen Civität, welche, nach der damaligen Verfassung des Staates, als einer libera respublica, jedem einzelnen civis romanus einen Antheil an dieser Herrschaft und an dem daraus hervorgehenden Ruhme gewährte. Daher denn auch ein lebhaftes Bestreben der unterjochten, oder verbündeten Völkerschaften, entweder die volle römische Civität zu erwerben, oder wenigstens zu dem römischen Staate in eine möglichst günstige politische Verbindung zu kommen. Selbst mit Erbitterung geführte Kriege sind daraus hervorgegangen.

Eine andere Wirkung davon war ein lebhafter, weit verbreiteter Verkehr des römischen Staates mit der ganzen damals bekannten Welt. Daraus und aus dem damit zusammenhängenden höheren Grade der Cultur entwickelten sich, so wie die wohlthätigen, eben so auch zugleich die nachtheiligen Folgen dieser letzteren. Denn der rasche Uebergang zu Macht und Reichthum,

erworben durch die glänzende Beute in den vielen Eroberungskriegen, erzeugte Ueppigkeit, Hab- und Herrſchſucht, wodurch die ehemalige Sitteneinfalt, woraus der wahre Bürgerſinn mit ſeinen großartigen Tugenden hervorgegangen war, allmählig ganz verfiel. Die übermüthigen und theilweiſe verderbten Kräfte des nach Außen hin jetzt feſtgeſicherten Staates wendeten ſich allmählig, auf eine gefährliche Weiſe, nach Innen. Daraus erklären ſich, beſonders gegen das Ende der Periode, die Entartung des Staates und der Ausbruch förmlicher bürgerlicher Kriege, welche zuletzt den Untergang der libera respublica herbeiführten.

§. 15.

Allgemeiner Charakter des Rechtes in dieſer Periode und Entſtehung des Gegenſatzes zwiſchen dem jus civile und dem jus gentium.

Inst. lib. I. tit. 2. de jure naturali et gentium et civili.

Dasjenige, was das römiſche Recht in dieſer Periode am meiſten und ſchärfſten charakteriſirt, iſt auf der einen Seite die Vereinfachung des Rechtsſtoffes, durch allmählige Verſchmelzung mancher bisher noch genealogiſch, oder ſonſt verſchiedenartiger Elemente darin, namentlich des beſonderen Patricier- und Plebejerrechtes zu einem mehr allgemeinen, gleichförmigen Römerrechte. Allein dafür erweiterte dieſes letztere ſich auf der anderen Seite bedeutend, ſeinem Umfange und ſeiner ganzen Richtung nach. Mit dieſer Erſcheinung hängt genau zuſammen der jetzt allmählig hervortretende Unterſchied zwiſchen dem jus civile und dem jus gentium, der ſchon von Cicero[1]) den majoribus zugeſchrieben wird.

Ein jus civile exiſtirte allerdings, dem Begriffe und der Sache nach, noch ehe ſich der nachherige Gegenſatz, Begriff und Name des jus gentium, gebildet hatte. Denn civile jus war das urſprüngliche, eigenthümliche, nationale, in Rom geltende poſitive Recht, dem Rechte anderer Völker und Staaten gegenüber. Je kleiner nun aber anfangs das Gebiet des römiſchen Staates war, je ſtrenger ſich derſelbe nach Außen hin abſchloß, deſto ſchärfer mußte der Begriff jenes jus civile hervortreten. Alles, was darauf beruhte, war blos für die römiſchen Bürger da, und Niemand außer ihnen deſſelben theilhaftig.

[1]) Cic. de officiis III. 17. Or. partt. c. 37.

Auf fremdes, ausländisches Recht, als solches, nahm man lange in Rom um so weniger Rücksicht, weil man es wohl kaum kannte. Allein, bei wachsender Ausdehnung des Reiches und als, in Folge der steigenden Cultur, der Verkehr mit Fremden bedeutend zunahm, lernten die Römer auch fremde Rechte kennen und bemerkten, bei deren Vergleichung, daß nicht Alles, was im römischen Staate positiv Rechtens war, blos allein dort in dieser Art galt, sondern manches davon sich auch bei anderen gebildeten Völkern auf gleiche Weise vorfand. Zugleich fühlten sie auch, daß ihr bisheriges strenges Princip, wonach alle Peregrinen für ganz rechtlos gegolten, sich nicht mehr praktisch durchführen lasse, seitdem sie mit Peregrinen nicht blos in feindliche, sondern auch in freundschaftliche Berührungen des Verkehres und Zusammenlebens gekommen, der peregrinus ihnen also nicht mehr, so wie früherhin, als hostis erschien. Das führte zu dem Begriffe und Namen des jus gentium, als eines Rechtes, welches in seinen Grundlagen und allgemeinen Principien, wenigstens nach den Erfahrungen der Römer, sich überall in allen Staaten gleichmäßig vorfindet, quod apud omnes gentes peraeque custoditur. Dieses Rechtes und der darauf beruhenden Rechtsverhältnisse erklärten die Römer daher alle freien Menschen, auch die Peregrinen für theilhaftig und fähig, indem sie es denselben zugestehen konnten, ohne sie den römischen Bürgern gleich zu stellen. Ja, das jus gentium war wohl ursprünglich zunächst und allein zu dem Zwecke besonders hervorgehoben worden, um danach die Peregrinen in ihren Rechtsverhältnissen, sowohl unter einander, als auch zu römischen Bürgern, zu beurtheilen. Daher waren es zum großen Theile dieselben Rechtsinstitute, welche im jus civile und im jus gentium vorkamen, und die nur in ihrer genaueren Gestaltung und strengeren Durchführung von einander abwichen. Sehr natürlich war es aber auch, daß ein nicht unbedeutender Theil dieses jus gentium, was dem eigentlichen römischen Rechte bisher in dieser Gestalt noch ganz fremd gewesen war, förmlich in dasselbe, als integrirender, ergänzender Theil mit aufgenommen wurde. Denn man fühlte, besonders seitdem man aus der Anwendung auf Peregrinen seine Zweckmäßigkeit kennen gelernt hatte, das Bedürfniß einer solchen Erweiterung des eigenen Rechtes und zugleich einer zeitgemäßen Milderung mancher schroffen Grundsätze des alten Civilrechtes. Daher der Begriff des jus gen-

tium, nicht blos als anerkannten Peregrinenrechtes, sondern auch als anerkannten Bestandtheiles des dadurch erweiterten und vermehrten römischen Rechtes. Das letztere war nämlich jetzt aus den zwei Elementen, dem jus civile und dem jus gentium, welche sich gegenseitig ergänzten, künstlich zusammengesetzt. Doch war wohl nicht alles jus gentium schon damals mit in das römische Recht aufgenommen. Vielmehr schied sich das eigentliche Peregrinenrecht noch längere Zeit hindurch scharf davon.

Das Verhältniß des jus naturale, welches die Römer zuweilen noch mit und neben dem jus gentium, als Bestandtheil ihres positiven Rechtes nennen, ist ungemein schwankend. Bald, und wohl am häufigsten, kommt der Ausdruck jus naturale vor als gleichbedeutend mit dem jus gentium und bezieht sich dann auf dessen Grundlage, auf die Uebereinstimmung gewisser Rechtssätze mit den Bedürfnissen und Anforderungen der allgemeinen vernünftigen Natur der Menschen. Diese, die naturalis ratio, liefert nämlich den Hauptstoff zu dem jus naturale, und gerade wegen seines Umfanges und seiner allgemein verbreiteten Geltung, indem es sich bei allen, den Römern bekannten, nur irgend cultivirten Völkern, apud omnes gentes, gleichmäßig als positives Recht vorfand, wurde es auch zugleich als jus gentium, nämlich als jus naturale et gentium bezeichnet. Zuweilen wird dagegen dem Ausdrucke jus naturale eine andere engere Bedeutung untergelegt, indem es den Inbegriff derjenigen Institute des römischen Rechtes bezeichnen soll, von welchen angenommen werden könnte, daß sie, ihrem Keime und ihrer roheren Grundlage nach, nicht zunächst und allein auf der vernünftigen Natur der Menschen, sondern schon auf der sinnlichen Natur der Menschen, gewissermaaßen auf einem Instincte, der den Menschen mit den Thieren gemein ist, beruhen. Daher die Definition eines solchen jus naturale, als jus, quod natura omnia animalia docuit. Jedenfalls stellt sich das dar als eine unklar gedachte, verfehlte, anthropologisch-philosophische Demonstration. Auch scheinen die Römer selbst weder theoretisch, noch praktisch je viel Gewicht darauf gelegt zu haben.

Nicht zu übersehen ist jedoch, daß der Ausdruck jus civile nicht blos als Gegensatz des jus naturale et gentium vorkommt. Denn zuweilen bezeichnet jus civile, bezogen auf seine Quelle, ganz besonders den Gegensatz des jus praetorium

und jus honorarium überhaupt. Ferner wird nicht selten das ältere römische Recht, wie es namentlich auf der Grundlage der Zwölftafelgesetze beruht, vorzugsweise jus civile genannt, im Gegensatze der neueren, durch die Zeitverhältnisse nothwendig gewordenen Abänderungen desselben, wenngleich diese ebenfalls durch civilrechtliche Quellen herbeigeführt worden sein sollten. Endlich kommt jus civile auch zuweilen als Gegensatz des jus criminale vor.

Dicendum est igitur de jure privato, quod tripartitum est. Collectum est enim ex naturalibus praeceptis, aut gentium, aut civilibus. §. 4. Inst. I, 1. de just. et jure.

Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit. Nam jus istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quae in coelo, quae in terra, quae in mari nascuntur. Hinc descendit maris atque feminae conjugatio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio et educatio. Videmus enim, cetera quoque animalia istius juris peritia censeri. Jus autem civile, vel gentium ita dividitur. Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium jure utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium civitatis est, vocaturque jus civile, quasi jus proprium ipsius civitatis. Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur, vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur. Et populus itaque romanus partim suo proprio, partim communi omnium jure utitur. Pr. et §. 1. Inst. I, 2. de jure nat.

Jus gentium est, quo gentes humanae utuntur. Quod a naturali recedere, facile intelligere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune est. Ulpian. in fr. 1. §. 4. D. I, 1. de just. et jure.

Quarundam rerum dominium nanciscimur jure naturali, quod appellatur jus gentium, quarundam vero jure civili. §. 11. Inst. II, 1. de rer. divis.

§. 16.

Eintheilung des Rechtes nach seinen Quellen in jus scriptum und jus non scriptum.

Die römischen Juristen lassen, nach einer, wie sie selbst angeben, von den Griechen entlehnten und in die römisch-juristische Sprache übertragenen Redeform, sämmtliche Quellen ihres positiven Rechtes zerfallen in das jus scriptum, quod ex scripto venit, und in das jus non scriptum, quod ex non scripto venit. Es ist dies eine Eintheilung, welche zwar mit

der Entstehung des Rechtes aus publicirten Gesetzen und aus Gewohnheiten wenigstens zum Theil einen gewissen zufälligen Zusammenhang hat, aber doch nicht, wie heut zu Tage oft geschieht, für ganz gleichbedeutend mit dem aus publicirten Gesetzen und dem aus bloßen Gewohnheiten entstandenen Rechte genommen werden darf. Vielmehr galt es als charakteristisches Merkmal einer Quelle des jus scriptum, wenn dieselbe zur Erzeugung eines neuen Rechtsgrundsatzes, damit er in dieser Art Eingang in das positive römische Recht finde, immer nach der eigenthümlichen Rechtsverfassung des römischen Staates, einer gewissen schriftlichen Verbriefung, mittelst einer in bestimmter, vom Gesetze vorgeschriebener, und öffentlichen Glauben verdienender Form abgefaßten Urkunde, bedurfte. Rechtsquellen, die nach der Verfassung des Staates einer solchen schriftlichen Urkunde, zur Begründung der positiven Gültigkeit ihrer neuen Rechtssätze, nicht bedurften, gehörten zu denen des jus non scriptum. Indessen nur diese von der Verfassung gebotene, schriftliche Aufzeichnung und Verbriefung der Rechtsnorm war es, welche den Charakter des jus scriptum begründete. Dagegen gehörte nicht dazu der Umstand, daß die Verbriefung gerade zum Zwecke einer förmlichen Publication des neuen Rechtssatzes geschah, oder eine solche Publication überhaupt wesentlich damit verbunden war. Daher fielen zwar zu jeder Zeit entschieden alle, wenn auch noch so sehr sonst wechselnden Gestaltungen der publicirten Gesetze unter den Begriff des jus scriptum, schon deßhalb, weil die Publication immer durch Schrift vermittelt wurde. Allein, ob eine andere Rechtsquelle zum jus scriptum gehörte, oder zum jus non scriptum, das hing mehr von der zufälligen, möglicherweise wechselnden Rechts- und Justizverfassung des Staates ab. Eben daraus erklärt sich, warum zu verschiedenen Zeiten dieselbe Rechtsquelle bald zu dem jus non scriptum, bald zu dem jus scriptum von den römischen Juristen gezählt wurde. So namentlich die responsa prudentium.[1])

Das eigentliche Gewohnheitsrecht, als solches, indem es zunächst blos auf der allgemein im Volke herrschenden Rechtsüberzeugung beruht, bedarf nie zu seiner positiven Geltung einer schriftlichen Aufzeichnung. Dagegen gab es, nach der römischen Ju-

[1]) Vergl. §. 21 mit §. 26.

ſtizverfaſſung, gewiſſe Perſonen, wie namentlich die magistratus und ſpäterhin die prudentes, welche zwar nicht befugt waren, leges zu publiciren, wie der populus, die plebs, der senatus und ſpäterhin die Kaiſer, welche aber dennoch, in einer beſtimmten Begrenzung, zum jus facere ermächtigt waren, d. h. ihrer amtlichen oder ſonſtigen Stellung im Staate nach, als Organ dieſes letzteren, mit poſitiver Wirkſamkeit neue Rechtsnormen verkündigen durften. Das mußte aber dann eben geſchehen in einer geſetzlich genau vorgeſchriebenen ſchriftlichen Form der Verkündung, die zwar unter Umſtänden eine gewiſſe Publication mit bezwecken und in deren Form eingekleidet ſein konnte, wie z. B. bei den Edicten der magistratus, aber nicht immer dieſe, ſondern zuweilen eine andere Form annahm, wie z. B. die responsa prudentium in der dritten Periode.

Constat autem jus nostrum aut ex scripto, aut ex non scripto, ut apud Graeco τῶν νόμων οἱ μὲν ἔγγραφοι, οἱ δὲ ἄγραφοι. Scriptum autem jus est lex, plebiscita, senatus consulta, principum placita, magistratuum edicta, responsa prudentium. §. 3. Inst. I, 2. de jure nat.

Ex non scripto jus venit, quod usus comprobavit. Nam diuturni mores, consensu utentium comprobati, legem imitantur.

Et non ineleganter in duas species jus civile distributum esse videtur. Nam origo ejus ab institutis duarum civitatum, Athenarum scilicet et Lacedaemoniorum, fluxisse videtur. In his enim civitatibus ita agi solitum erat, ut Lacedaemonii quidem magis ea, quae pro legibus observarent, memoriae mandarent, Athenienses vero ea, quae in legibus scripta comprehendissent, custodirent. §. 10. Inst eod.

Exceptiones autem alias in edicto Praetor habet propositas, alias causa cognita accommodatas. Quae omnes vel ex legibus, vel ex his, quae legis vicem obtinent, substantiam capiunt, vel ex jurisdictione Praetoris proditae sunt. Gai. IV. §. 118. verglichen mit I. §. 3—5.

§. 17.

Die publicirten Geſetze, leges im Allgemeinen.

Wie wir überhaupt, im Laufe dieſer Periode, drei verſchiedene Behörden des Staates mit anerkannter und entſchiedener geſetzgebender Gewalt vorfinden, eben ſo konnten die publicirten Geſetze in einer dreifachen Form vorkommen, als leges populi, als plebiscita und als senatus consulta. Im weiteren Sinne waren und hießen ſie zwar ſämmtlich leges.

Aber freilich im urſprünglichen und engſten Sinne hieß vorzugsweiſe lex nur, was der geſammte populus, als lex populi, verordnet hatte. Von den übrigen hieß es nur, daß ſie legis vicem, oder legis vigorem hätten. Auch war eine Zeit lang die Staatsbehörde, von welcher, und die Form, in welcher ein Geſetz erlaſſen wurde, keineswegs blos zufällig, ſondern vielmehr in politiſcher Hinſicht und auch ſonſt von Bedeutung, namentlich oft nicht ohne ſichtbaren Einfluß auf den Inhalt des Geſetzes. Da ferner das Verhältniß dieſer verſchiedenen geſetzgebenden Behörden und ihr Eingreifen in einander, im Anfange der libera respublica, noch nicht durch die Verfaſſung hinreichend ſcharf beſtimmt war, ſo veranlaßte dieſes vorübergehend mancherlei bedenkliche Colliſionen. Indeſſen glich ſich das ziemlich bald aus.

Viel Gewicht wurde übrigens bei allen dieſen Geſetzen auf eine möglichſt genaue, zweckmäßige und vorſichtige Faſſung derſelben gelegt, um dadurch allen künftigen Verdrehungen, oder Umgehungen entgegenzuarbeiten. Nach dem Eingange, welcher die Art des Geſetzes, den Namen des Rogators, auch wohl die äußere Veranlaſſung dazu enthielt, folgte der eigentliche Inhalt, mit genauer Angabe, inwieweit dadurch dem früheren Rechtszuſtande derogirt werden, inwieweit derſelbe dagegen noch daneben fortbeſtehen ſollte. Oft, beſonders wenn, wie nicht ſelten der Fall war, die Geſetze viele und verſchiedenartige Gegenſtände betrafen, wurden ſie in mehrere capita getheilt. Den Schluß bildete gewöhnlich eine beſondere sanctio, wodurch der Uebertreter der geſetzlichen Vorſchrift zum Voraus mit irgend einem rechtlichen Nachtheile bedroht wurde. Auf dieſen letzteren Punkt bezieht ſich die Eintheilung der publicirten Geſetze in leges perfectae, leges imperfectae und leges minus quam perfectae.

Καὶ οὕτως lex μὲν οὐκ ἠδυνήθη κληθῆναι τὸ παρ' ἑκατέρου τεθὲν διὰ τὸ μὴ τὴν ἀρχὴν κατὰ συναίνεσιν τῶν δύο τίθεσθαι μερῶν. Ἐπεὶ δὲ (καὶ τὸ νομοθετηθὲν ἐκ τοῦ ἰδιώτου δήμου πλεβίσκιτον) αὐτὴν τὴν ἔκβασιν ἔσχε, καὶ τοῦ αὐτοῦ ἔτυχεν ἀποτελέσματος, τοῦ κρατεῖν φημὶ κατὰ πάντων, καὶ legis vigorem habet, τοῦτ' ἔστι νόμου τάξιν ἐπέχει.

Neque sic quidem lex poterat appellari jus ab alterutro constitutum, quum ab initio ex consensu ambarum partium sancitum non esset. Quoniam vero (etiam a plebe factum plebiscitum) eundem exitum habebat, eundem sortiebatur effectum, ut scilicet

adversus cunctos obtineret, etiam legis vigorem habet. Theophil. ad §. 5. Inst. I, 2. de jure nat. (ed. Reitz.)

Minus quam perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri, et si factum sit, non rescindit, sed poenam injungit ei, qui contra legem fecit. Ulpiani fragm. I. §. 1. et 2.

§. 18.

Die eigentlichen Volksgesetze.

Die unbestrittenste gesetzgebende Gewalt übte aus der populus, die Gesammtheit der römischen Bürger, Patricier und Plebejer, in den Centuriatcomitien. Es war übrigens dieselbe nicht erst ein neues Ergebniß der libera respublica, sondern, als althergebrachtes Element der ursprünglichen freien Volksverfassung, aus der Zeit der Könige, seit Servius Tullius, beibehalten worden. Nur waren es freilich jetzt die Consuln, als die höchsten, regelmäßigen magistratus populi, von welchen allein die Anträge zu solchen neuen, dem Volke vorzulegenden Gesetzen verfassungsmäßig ausgehen konnten. Da nun solche magistratus im Anfange dieser Periode noch ausschließlich den Patriciern vorbehalten waren, da ferner die ganze, auf den Census gebaute Centurieneinrichtung es mit sich brachte, daß die Patricier, wenn sie zusammenhielten, den Plebejern gegenüber, meistens ein Uebergewicht, hatten, da endlich auch, wenigstens noch zu Anfange dieser Periode, die verbindliche Kraft der leges populi, populi scita, mit durch die vorgängige, oder nachfolgende Genehmigung des Senates, welcher damals noch als eine reine Patricierbehörde erschien, bedingt war, so stand jene gesetzgebende Gewalt des populus unverkennbar unter dem aristokratischen Einflusse der Patricier.

Gerade diese politische Zurücksetzung der plebs in den Centuriatcomitien gab mit die Hauptveranlassung dazu, daß sich die Plebejer, schon im Anfange dieser Periode, eine eigene, von patricischen Einflüssen unabhängigere gesetzgebende Gewalt zu erzwingen suchten. Es fingen nämlich die Volkstribunen, in deren ursprünglicher Stellung das wohl nicht lag, bald an, der zu anderen, reinen Gemeindezwecken in den Tributcomitien versammelten plebs Anträge zu neuen, das gesammte römische Volk verpflichtenden Gesetzen vorzulegen. Wurden diese durch Stimmenmehrheit angenommen, so hießen sie plebiscita. Dergle-

chen Beschlüsse waren dann freilich, da sie auch keiner, weder vorausgehenden, noch nachfolgenden Genehmigung des Senates bedurften, von allem directen Einflusse, ja überhaupt von jeder Mitwirkung der Patricier, als solcher, unabhängig. Allein eben deßhalb weigerten sich auch diese Letzteren anfangs, die gesetzlich verbindliche Kraft der Plebiscite auch für ihren Stand anzuerkennen, falls sie nicht, durch ihre nachfolgende Bestätigung im Senate, oder in den Centuriatcomitien, wenigstens zugleich den Charakter wahrer **senatus consulta**, oder **leges populi** erhielten. Eine Zeit lang scheint demnach das Verhältniß der Plebiscite zu den Patriciern unentschieden gewesen zu sein, bis allmählig durch die **lex Publilia** v. J. 415 n. E. R. und noch vollständiger durch die **lex Hortensia** v. J. 467 von der plebs der Grundsatz, **ut plebiscita universum populum tenerent**, siegreich durchgesetzt wurde. Das hatte insofern thatsächlich eine völlige Gleichstellung der **leges populi** und **plebiscita** zur Folge, als von jetzt an auch letztere entschieden wenigstens **legis vigorem** erhielten, ja sogar oft geradezu **leges** genannt wurden.

Ueberhaupt verlor sich, seit der allmählig vollendeten politischen Vereinigung und Gleichstellung der Patricier und Plebejer, der ursprünglich so scharf gesonderte Charakter der Plebiscite, als bloßer Gesetze der plebs, schon gegen die Mitte dieser Periode, so gut wie gänzlich, indem jetzt in den Tributcomitien auch die Patricier mit stimmten. Umgekehrt konnte auch von einem Uebergewichte der Patricier, als solcher, in den Centuriatcomitien nicht mehr die Rede sein. Daher war zuletzt der Unterschied zwischen jenen beiden Arten der Volksgesetze, obgleich er sich, sowohl der äußeren Form nach, als auch in der genaueren diplomatischen Rechtssprache, erhielt, wohl eben nur ein formeller, ohne weitere, sonstige legislative, oder politische Bedeutung. Daß übrigens in der Folge die Plebiscite für das Privatrecht eine reichhaltigere Rechtsquelle bildeten, als die **leges populi**, und überhaupt die eigentliche bürgerliche Gesetzgebung fast ganz den Tributcomitien überwiesen wurde, während die Thätigkeit der Centuriatcomitien sich besonders dem öffentlichen Rechte und den Magistratswahlen zuwendete, das hing mit gewissen anderen Umständen zusammen. Denn vorerst erschien die Form der Plebiscite, nach der inneren und äußeren Einrichtung der Volksver-

ſammlungen, wohl als die bequemere. Sodann brachte es auch die eigenthümliche Stellung, welche verfaſſungsmäßig die Volkstribunen, den magistratus juri dicundo gegenüber, einnahmen, mit ſich, daß am häufigſten dieſe Volkstribunen äußere Veranlaſſung fanden, Anträge zu neuen, das Privatrecht betreffenden Geſetzen an die plebs zu ſtellen.

Genauer benannt und bezeichnet wurden die einzelnen Volksgeſetze nach dem Namen gewiſſer, dabei vorzugsweiſe thätiger Männer, wenn es leges populi waren, nach dem Gentilnamen der beiden Conſuln, wenn es Plebiſcite waren, nach dem Namen desjenigen Volkstribunen, von welchem die rogatio legis ausgegangen war, z. B. lex Aelia Sentia, lex Hortensia, lex Pompeja. Oft aber auch bezeichnete man ſie ſpecieller nach dem Gegenſtande, welcher ihren Inhalt bildete, z. B. lex agraria, frumentaria, funebris. Endlich verband man auch oft beide Bezeichnungsarten, z. B. lex Cincia de donis et muneribus, lex Julia majestatis.

Uebrigens beziehen ſich zunächſt auf die Volksgeſetze die techniſchen Ausdrücke: legem ferre — rogare — promulgare — suadere — dissuadere — perferre — abrogare — legi derogare — subrogare — obrogare.

Die einzelnen Volksgeſetze, welche ſchon in dieſer Periode für das Privatrecht wichtig waren, und von denen die meiſten erſt in die letzte Zeit der libera respublica fallen, können, dem Plane dieſes Lehrbuches gemäß, nur im Zuſammenhange des ganzen Rechtsſyſtemes ſelbſt, da, wo ſie ändernd eingegriffen haben, erwähnt und charakteriſirt werden. Manche derſelben ſind uns allerdings, wenigſtens bruchſtückweiſe, noch in ihrer urſprünglichen Form und Faſſung erhalten.[1]) Dahin gehört die lex Servilia (Glauciae[2]), lex Thoria (agraria[3]), lex Julia municipalis (ſ. g. tabula Heracleensis,[4]) lex

[1]) Ant. Augustini de legibus et senatus consultis lib. cum notis Fulvii Ursini. Rom. 1583. 4.

[2]) Herausgegeben von Klenze, Berol. 1825. 4.

[3]) Herausgegeben v. Rudorff in der Zeitſchr. für geſchichtl. Rechtswiſſ. B. X. Nr. 1.

[4]) Herausgegeben v. Mazochi, Neapol. 1754—55. Fol., Marezoll, Gotting. 1816, 8., Dirksen, Berol. 1817, v. Savigny in der Zeitſchr. für geſch. Rechtswiſſenſchaft IX. 11.

(Rubria) de Gallia cisalpina,[5]) lex Mamilia de coloniis. Aber freilich die meiſten kennen wir nur aus anderen Schriften, welche ihren Inhalt, bald allgemeiner, bald ſpecieller, referiren. Doch hat man auch dieſe daraus, ihrer urſprünglichen Wortfaſſung nach, zu reſtituiren verſucht, was natürlich immer nur ein ſehr problematiſches Reſultat liefert. Eine Ueberſicht dieſer Verſuche giebt Haubold, inst. jur. rom. liter. Lips. 1809. p. 207. sqq.

Lex est, quod populus romanus senatorio magistratu interrogante, veluti consule, constituebat. §. 4. Inst. I, 2. de jure nat. Vergl. Gai. I. §. 2.

Plebiscitum est, quod plebs jubet atque constituit. Plebs autem a populo eo distat, quod populi appellatione universi cives significantur, connumeratis etiam patriciis, plebis autem appellatione sine patriciis ceteri cives significantur. Unde olim patricii dicebant, plebiscitis se non teneri, quia sine auctoritate eorum facta essent. Sed postea lex Hortensia lata est, qua cautum est, ut plebiscita universum populum tenerent. Itaque eo modo legibus exaequata sunt. Gai. I. §. 3. Vergl. §. 4. Inst. I, 2. de jure nat.

Ita ne leges quidem proprie, sed plebiscita appellantur, quae tribunis plebis ferentibus accepta sunt. Quibus rogationibus antea patricii non tenebantur, donec Q. Hortensius dictator eam legem tulit, ut eo jure, quod plebes statuisset, omnes Quirites tenerentur. Gell. N. A. XV, 27.

Lex aut rogatur, id est, fertur, aut abrogatur, id est, prior lex tollitur, aut derogatur, id est, pars prioris legis tollitur, aut subrogatur, id est, adjicitur aliquid primae legi, aut obrogatur, id est, mutatur aliquid ex prima lege. Ulpiani fragm. I. §. 3.

§. 19.

Die senatusconsulta.

Was die geſetzgebende Gewalt des Senates betrifft, ſo lag der Keim dazu ebenfalls ſchon in der Königszeit. Nur war freilich die verfaſſungsmäßige Wirkſamkeit des Senates urſprünglich mehr eine adminiſtrative und berathende geweſen, indem ſeine legislative Thätigkeit ſich blos auf das von ihm von Alters her behauptete Recht beſchränkte, zu den vom populus beabſichtigten

[5]) Herausgegeben v. Carli (1795) und v. Marini (1788). S. auch Puchta in der Zeitſchrift für geſchichtliche Rechtswiſſenſchaft X. 2.

Geſetzen die Genehmigung, auctoritas, zu ertheilen, oder zu verſagen. Allein, ſo wie auf der einen Seite ſchon in den erſten Zeiten der libera respublica die Volksgeſetze ſich von dieſer beſchränkenden Mitwirkung des Senates allmählig frei machten, eben ſo entwickelte der Senat auf der anderen Seite eine eigene, ſelbſtſtändige, legislative Gewalt für ſich allein und ohne Mitwirkung des populus. Seine Beſchlüſſe, welche, obwohl in dieſer Periode noch ſelten, doch ſchon hin und wieder auch für das Privatrecht von Bedeutung waren, hießen senatusconsulta. Sie hatten legis vicem, und ihr Inhalt verpflichtete von jeher den geſammten populus. Denn, was uns von einer Weigerung der Plebejer, den Inhalt der Senatusconſulte anzuerkennen, erzählt wird, war ſicher nur die vorübergehende Folge von beſonderen Uneinigkeiten der Patricier und Plebejer über die verbindliche Kraft der Plebiſcite.

Genauer bezeichnet wurden die einzelnen Senatusconſulte bald nach den Namen der Conſuln, qui senatum consuluerunt, bald nach dem Inhalte. Auch wurde zuweilen Beides vereinigt, z. B. senatusconsultum Silanianum, sctum Vellejanum, sctum de Bacchanalibus, de assignanda libertate u. ſ. w. Nur in einem einzigen uns bekannten Falle finden wir ein Senatusconſult nach derjenigen Privatperſon, deren Benehmen dazu die zufällige Veranlaſſung gegeben hatte, genauer benannt: Macedonianum senatusconsultum.

Der Inhalt vieler Senatusconſulte wird uns zwar referirt, zum Theil ziemlich vollſtändig; doch hat ſich keins derſelben im entſchiedenen Originale erhalten, nur etwa mit Ausnahme des Sctum de Bacchanalibus (a. u. 568[1]).

Senatusconsultum est, quod senatus jubet atque constituit, idque legis vicem obtinet, quamvis fuit quaesitum. Gai. I. §. 4. Theophil. ad §. 5. Inst. I, 2. de jure natur.

§. 20.

Die edicta magistratuum.

Eine höchſt eigenthümliche Stellung nahmen, nach der damaligen Verfaſſung der libera respublica, die höheren magi-

[1]) Endlicher, Catal. codd. mss. biblioth. Palat. Vindob. Vind. 1836. 4.

stratus populi ein. So beschränkt nämlich ihr Amt, seiner Dauer nach, war, indem sie regelmäßig nach Ablauf eines Jahres wieder in den Privatstand zurücktraten, so unbeschränkt war es, während seiner Dauer, dem Umfange der darin liegenden Amtsbefugnisse nach. Denn es erschienen jene Magistratus, in Rücksicht der ihnen übertragenen Amtssphäre, als völlig souveräne Mitregenten des Staates. Daher handelten sie, innerhalb derselben, ganz unbeschränkt, aus eigener Machtvollkommenheit; und ihre einzelnen Amtshandlungen konnten nur etwa durch den Einspruch gewisser gleicher, oder höherer Magistratus, die ohne eigentliches Subordinationsverhältniß neben ihnen bestanden, par majorve potestas, momentan gehemmt werden. Erst nach ihrem Rücktritte in den Privatstand war es möglich, sie zur Verantwortung zu ziehen, indem sie dann allerdings dem Senate, oder dem Volke Rechenschaft ablegen mußten.

In diesem ihrem vorübergehenden Amts- und Regentenverhältnisse lag nun zwar keine selbstständige gesetzgebende Gewalt, in der Art, daß sie neue Normen aufstellen konnten, welche bleibend, über die Amtsdauer hinaus, legis vicem hatten und ihre Amtsnachfolger banden. Wohl aber stand ihnen verfassungsmäßig, wenn auch wohl ursprünglich durch kein bestimmtes Staatsgrundgesetz eingeräumt, doch wenigstens nach dem allgemeinen Staatsherkommen und durch spätere Gesetze ausdrücklich anerkannt, das jus edicendi zu. Sie durften nämlich (für gewisse Magistratus war es, wie es scheint, wenigstens späterhin, sogar Pflicht), gleich bei dem Antritte ihres Amtes, gewisse Principien, wonach sie ihr Amt zu verwalten gesonnen waren, öffentlich durch Anschlag bekannt machen. Dadurch war indessen nicht ausgeschlossen die Möglichkeit, auch noch späterhin, während der Amtsdauer, da, wo es, den Umständen nach, nothwendig erschien, für einzelne Vorkommenheiten besondere Verfügungen zu erlassen.

Besonders waren es die magistratus juri dicundo, welche die meiste äußere Veranlassung dazu hatten, für die Entscheidung der zu ihrem Amtskreise gehörenden Proceßfälle, dergleichen Rechtssätze in Edictsform zum Voraus bekannt zu machen. Das hieß dann: jurisdictionis perpetuae causa edicta proponere, ut scirent cives, quod jus de quaque re quisque dicturus esset, im Gegensatze der edicta repentina, prout res incidit, facta. Dahin gehörten für Rom

selbst besonders die Prätoren, der Praetor urbanus und peregrinus, welche die Hauptjurisdiction hatten, mit Ausnahme gewisser Polizei- und Handelssachen, deren Entscheidung den Aedilen zugewiesen war. Für die Provinzen waren in dieser Beziehung wichtig die von Rom aus dorthin gesendeten Proconsuln und Proprätoren.

Es fehlte nun auch diesen, die Justizgewalt repräsentirenden Beamten nicht an mancherlei, zum Theil sehr dringenden Veranlassungen dazu, von ihrem jus edicendi häufigen und heilsamen Gebrauch zu machen. Eine solche lag vorerst darin, daß das damalige jus civile noch sehr unvollständig ausgebildet war und, schon wegen der schwerfälligen Form, in welcher sich seine legislativen Organe bewegten und kund gaben, oft entschieden hinter den Bedürfnissen der Zeit zurückblieb. Ferner in dem immer fühlbarer hervortretenden Mangel passender Grundsätze des jus gentium, welche doch eben damals, bei dem steigenden Verkehre mit Peregrinen, auf welche das jus civile keine Anwendung litt, unentbehrlich erschienen. Gerade die magistratus juri dicundo mußten, ihrer Amtsstellung nach, bei der Entscheidung der vor sie kommenden Proceßfälle und für dieselbe das Bedürfniß einer rascheren Fortbildung des Rechtes recht lebhaft fühlen. Da nun ein solches zeitgemäßes Eingreifen, besonders bei der damals freier gewordenen Gestaltung des Civilproceßes, wodurch so Manches, was früherhin in starre, durch alte Civilgesetze scharf bestimmte, formelle Grenzen gewiesen war, dem eigenen Rechtsgefühle des Magistratus überlassen wurde, fast mit Nothwendigkeit geboten war, so stellte sich für die Magistratus das jus edicendi zu diesem Zwecke als ein eben so natürliches, als wohlthätiges Auskunftsmittel dar. Es lag endlich auch eine solche zum Voraus geschehene öffentliche Form der Verkündung der Edicte gleichmäßig sowohl im Interesse der Gerichtsuntergebenen, um vorher zu erfahren, nach welchen Rechtsgrundsätzen sie beurtheilt werden sollten, als im Interesse des edicirenden Magistratus selbst, um den so leicht möglichen Verdacht momentaner Parteilichkeit zum Voraus zu entfernen.

Mögen immerhin dabei auch einzelne Mißgriffe vorgekommen, einzelne Grundsätze in das Edict aufgenommen worden sein, die sich in der Erfahrung nachher nicht als zweckmäßig bewährten. Dennoch konnte dieses keinen dauernden Schaden bringen,

Zwar band, schon der Natur des Verhältnisses nach, der Inhalt der von einem Magistratus proponirten Edicte, wie eine gesetzliche Norm, diesen edicirenden Magistratus selbst, so lange er im Amte blieb, und eine lex Cornelia (v. J. 687 n. E. R.) schärfte es sogar ausdrücklich streng ein: ut Praetores ex edictis suis perpetuis jus dicerent. Allein jedenfalls waren, ihrer Natur nach, die Edicte nur annuae leges, und der Nachfolger im Amte war dadurch nicht gebunden. Daher konnte ein durch Erfahrung erkannter Mißgriff des Vorgängers sehr leicht von dem Nachfolger im Amte wieder gut gemacht werden, indem er den unpassenden Grundsatz in das neu aufzustellende Edict nicht wieder mit aufnahm, oder nur in einer zweckmäßigeren, abgeänderten Gestalt. Aber umgekehrt war es auch ganz dem natürlichen Gange der Dinge gemäß, daß der Amtsnachfolger die Erfahrungen seiner Vorgänger insofern benutzte, als er weislich diejenigen Edictssätze beibehielt, welche sich als nützlich und zweckmäßig bewährt hatten, sie von Neuem in sein Edict aufnahm, oder sie vielmehr stillschweigend darin stehen ließ.

So erwuchs allmählig eine Masse von Edictssätzen, welche von einem Magistratus dem anderen unverändert überliefert, gewissermaaßen stehend, altherkömmlich, traditionell geworden waren, und daher tralatitia edicta hießen, im Gegensatze der erst neu und vor Kurzem aufgestellten, der nova edicta. Je länger erstere nun schon, unter vielen auf einander folgenden Magistratus, in dieser unveränderten Form bestanden hatten, desto mehr erhielten sie Gewicht, auctoritas. Sie bildeten eine neue wichtige Rechtsquelle, die, ihrem eigentlichen Wesen nach, gewissermaaßen zwischen Gesetzen und Gewohnheitsrechten in der Mitte stand. Denn, obgleich die auf die Amtsdauer beschränkte gesetzgebende Gewalt des Magistratus, das jus edicendi, den Grund zu den neuen Rechtssätzen legte, so war es doch erst die lange Beibehaltung und Wiederholung derselben in den nachfolgenden Edicten, die ihnen auch für die Zukunft den Charakter fester, bleibender Rechtsnormen verlieh. Daß sie zu dem jus scriptum gezählt wurden, davon lag der Grund in der verfassungsmäßig vorgeschriebenen schriftlichen Verkündungsform der Edicte.

Unter diesen Umständen mußten die edicta magistratuum, besonders die der Prätoren, sehr wohlthätigen Einfluß üben, durch ihre Bestimmung, den damals ungewöhnlich rasch

wechselnden Rechtsbedürfnissen gleichzeitig, oder wenigstens rasch abzuhelfen und durch die dadurch gegebene Möglichkeit eines stetigen, gleichförmigen Fortbildens des Rechtes. Was ferner diese Rechtsquelle besonders mit auszeichnete und ihren Resultaten einen eigenthümlichen Charakter gab, war die von ihrer Amtsstellung selbst gebotene Vorsicht, Mäßigung und schonende Rücksicht auf das schon bisher Bestehende, mit welcher die Prätoren dabei verfuhren. Denn, um nicht durch unzeitiges Ueberstürzen Verwirrung in den Rechtszustand zu bringen, suchten sie, auf dem Wege einer das Alte mit dem Neuen in Einklang bringenden, versöhnenden Vermittelung, die zeitgemäßen, von der Billigkeit, aequitas, gebotenen Neuerungen, das aequum jus, den strengen bisherigen Sätzen des alten Civilrechtes, dem strictum jus, anzupassen.

In dieser Weise lösten die Prätoren die schwere Aufgabe, den Bedürfnissen des jus civile in jeder Richtung abzuhelfen, adjuvare, vel supplere, vel corrigere jus civile, propter utilitatem publicam. Daraus erklärt sich, warum wir in unseren Quellen so oft das praetorium jus, als wohlthätig ergänzenden Gegensatz zu dem übrigen Rechte, dem jus civile, besonders hervorgehoben finden.

Namentlich waren es wieder vorzüglich die Prätoren, welche den Hauptgrund zu dem so wichtigen jus gentium legten; der Praetor peregrinus, zum Zwecke der von ihm zu entscheidenden Processe, bei welchen Peregrinen betheiligt waren; der Praetor urbanus, indem er aus diesem jus gentium Manches, was ihm auch für die römischen Bürger, zur Ergänzung und Erweiterung des eigentlichen jus civile, ersprießlich schien, in sein Edict mit aufnahm.

Fassen wir daher die verschiedenen Gestaltungen und Richtungen, in welchen sich die edicta magistratuum, das jus honorarium, wie es von seinen Urhebern genannt wird, als edictum praetorium, urbanum, peregrinum, aedilicium, provinciale u. s. w. geltend machten, zusammen, so möchte keine andere Rechtsquelle dieser an Reichhaltigkeit gleichkommen; wenigstens für das eigentliche Privatrecht und den Civilproceß, auf welche sie sich überhaupt, ihrer Natur nach, beschränkte.

Die einzelnen Stellen und Theile, capita, clausulae, der Edicte werden von den Römern gewöhnlich entweder nach ihrem

ſpecielleren Inhalte, oder nach den Anfangsworten der in Frage ſtehenden Edictsſtelle, citirt; z. B. successorium edictum, — edictum unde liberi. Nur ſelten wurden ſie nach dem edicirenden Magiſtratus ſelbſt benannt, z. B. Carbonianum edictum. Doch erhielten zuweilen die von den Prätoren im Edicte neu eingeführten Klagen von ihrem Urheber den beſonderen Namen. So z. B. Publiciana in rem actio.

Was von den Edicten auf unſere Zeit gekommen, wird ſich zweckmäßiger an die Darſtellung der folgenden Periode anknüpfen laſſen.

Jus autem edicendi habent magistratus populi romani. Sed amplissimum jus est in edictis duorum Praetorum, urbani et peregrini, quorum in provinciis jurisdictionem, praesides earum habent. Item in edictis Aedilium curulium, quorum jurisdictionem in provinciis populi romani Quaestores habent. Gai. I. §. 6.

Praetorum quoque edicta non modicam obtinent auctoritatem. Haec etiam jus honorarium solemus appellare, quod, qui honorem gerunt, id est magistratus, auctoritatem huic juri dederunt. Proponebant et Aediles curules edictum de quibusdam casibus, quod edictum juris honorarii pertio est. §. 7. Inst. I. 2. de jure nat. Vergl. Theophil. ad h. l.

Eodem tempore et magistratus jura reddebant, et, ut scirent cives, quod jus de quaque re quisque dicturus esset, seque praemunirent, edicta proponebant. Quae edicta Praetorum jus honorarium constituerunt. Honorarium dicitur, quodi ab honore Praetoris venerat. Pompon. in fr. 2. §. 10. D. I. 2. de orig. jur.

Aliam deinde legem Cornelius, etsi nemo repugnare ausus est, multis tamen invitis, tulit, ut Praetores ex edictis suis perpetuis jus dicerent. Quae res tum gratiam ambitiosis Praetoribus, qui varie jus dicere solebant, sustulit. Ascon. ad Cic. Orat. pro Cornelio.

Cumque Consules avocarentur bellis finitimis, neque esset, qui in civitate jus reddere posset, factum est, ut Praetor quoque crearetur, qui urbanus appellatus est, quod in urbe jus redderet.

Post aliquot deinde annos, non sufficiente eo Praetore, quod multa turba etiam peregrinorum in civitatem veniret, creatus est alius Praetor, qui peregrinus appellatus est ab eo, quod plerumque inter peregrinos jus dicebat. Pompon. in fr. 2. cit. §. 27. et 28.

Jus autem civile est, quod ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit.

Jus praetorium est, quod Praetores introduxerunt, adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilita-

tem publicam; quod et honorarium dicitur, ad honorem Praetoris sic nominatum. Papinian. in fr. 7. pr. et §. 1. D. I, 1. de just. et jure.

In ea autem (consuetudine et vetustate) jura sunt quaedam ipsa jam certa propter vetustatem, quo in genere et alia sunt multa, et eorum maxima pars, quae Praetores edicere consuerunt. Cic. de invent. II. c. 22.

§. 21.

Die responsa prudentium.

Es gab zwar damals noch keinen streng geschlossenen, privilegirten Stand der Juristen, als solchen, indem wir diesen erst im Anfange der folgenden Periode sich entwickeln sehen; allein es fehlte doch schon jetzt nicht an Männern, welche sich mit besonderem Eifer und Erfolge der Rechtskunde widmeten. Sie wurden davon jurisconsulti, consulti, jurisprudentes, prudentes genannt.

Eine Zeit lang hatte sich freilich auch darin noch der Geist der vorherrschenden Aristokratie geäußert, daß sich die Patricier, namentlich in ihrer Eigenschaft als pontifices und Bewahrer des unter ihrer unmittelbaren Aufsicht stehenden, in die wichtigsten Lebensverhältnisse tief eingreifenden jus sacrum, pontificium, der specielleren Kunde des Rechtsmateriales ausschließlich bemächtigten. Namentlich machten sie absichtlich aus der genaueren Kenntniß der mannigfach verwickelten Proceßformeln, welche damals einen so wichtigen Theil der Jurisprudenz bildeten, und der zu gerichtlichen Handlungen geeigneten Zeiten und Tage, fasti, [1])

[1]) Sie bildeten einen wichtigen Theil des Kalenders. Theils aus diesem Grunde, theils aber auch wegen des sonstigen Einflusses, den im älteren, wie im neueren römischen Rechte der Ablauf gewisser Zeitfristen auf die Gestaltung der Rechtsverhältnisse äußert, hängt der Kalender mit der Jurisprudenz sehr genau zusammen.

Der älteste Kalender war der Romulische, wonach das Jahr aus 10 Monaten und 304 Tagen bestand. Ein späterer Kalender, aus der Zeit von Numa, setzte das Jahr auf 12 Monate und 355 Tage fest. Endlich verdrängte der Julianische Kalender (aufgestellt von Julius Cäsar) den bisher geltenden, indem er das Jahr zwar ebenfalls in 12 Monate, aber mit 365 Tagen, eintheilte. Alle vier Jahre soll ein Tag in der Weise eingeschaltet werden, daß der dreiundzwanzigste Februar einen Kalendertag von 48 Stunden, unter dem Namen dies bissextus ante Kalendas Martias, bildet. Nach dem Kalender des Numa war früher, ein Jahr um das andere, eine ganze Reihe, bald von 22, bald von 23 Tagen, nach dem dreiundzwanzigsten Februar eingeschaltet worden.

ein Geheimniß. Allein sehr bald wußten sich die Plebejer auch dieser, oft zu ihrem Nachtheile mißbrauchten Bevormundung zu entziehen, und es waren seitdem aus beiden Ständen zum Theil die ausgezeichnetesten Männer im Staate, welche sich dem Studium des Rechtes zuwendeten. Dadurch wurde, auch in dieser Beziehung, die Bildung und Bearbeitung des Rechtes mehr Gemeingut des ganzen Volkes und nahm einen um so nationaleren Charakter an.

Uebrigens hatte die Thätigkeit jener Rechtsgelehrten anfangs nur eine rein praktische Tendenz, und erst gegen das Ende dieser Periode zeigen sich vereinzelte Versuche einer mehr wissenschaftlichen Form für die Bearbeitung des römischen Rechtes. Denn es bestand das Hauptgeschäft der prudentes lange Zeit blos darin, daß sie, als Rechtsanwälte, oder sachkundige patroni, aus ihren gesammelten mannigfachen Rechtserfahrungen denjenigen, welche sie um Rath fragten, juristische Gutachten und praktische Anweisungen zu Rechtsgeschäften aller Art ertheilten, namentlich zur vorsichtigen Führung ihrer eigenen Processe, oder auch wohl zur richtigen Entscheidung von fremden Processen, deren Aburtheilung den Anfragenden, als gewählten judices, oblag. Cavere, Scribere, Respondere. Dennoch konnte es nicht fehlen, daß die prudentes auf die eigentliche Fortentwickelung des materiellen Rechtes einen bedeutenden Einfluß erhielten. Denn sie wurden, bei Gelegenheit ihrer so eben beschriebenen, vielseitigen, praktischen Beschäftigung, fast mit Nothwendigkeit auf manche vorhandene Dunkelheiten und Lücken des bisherigen Civilrechtes aufmerksam. Diese Dunkelheiten und Zweifel suchten sie dann, durch richtiges Verständniß und tieferes Eingehen, aufzuhellen, die Lücken dagegen, so viel als möglich, durch geschickte Entfaltung, Ausbeutung des vorhandenen Rechtsmateriales, wodurch manche darin mehr verborgen liegende Grundsätze zu Tage gefördert wurden, durch sachgemäße Anknüpfung daran, durch consequente Folgerungen daraus, im Geiste desselben, auszufüllen. Das hieß interpretatio juris civilis, in diesem eigenthümlichen römischen Sinne des Wortes, wonach es also weit mehr bezeichnet, als bloße Auslegung und Erklärung eines Gesetzes. Es wurde überhaupt jetzt, seitdem das römische Recht anfing, sich in seinem Materiale zu erweitern, besonders durch die Vereinigung des jus gentium mit dem

jus civile, die Nothwendigkeit einer zweckmäßigeren Verarbeitung und Fortbildung dieses letzteren durch die prudentes und ihre Interpretation um so lebhafter gefühlt, weil es sonst, in Vergleichung mit dem jus gentium, offenbar zurückgeblieben sein würde.

Auf diese Weise kamen in Umlauf und verbreiteten sich im Volke viele, bisher, als solche wenigstens, noch nicht allgemein erkannte, und insofern neue Rechtssätze. Ihre praktische, positive Geltung, auctoritas, als receptum jus, gründete sich nicht blos und zunächst auf das persönliche Ansehen der prudentes, von welchen sie herrührten, sondern auch ganz vorzüglich darauf, daß sie, wenigstens oft, gar nichts eigentlich Neues enthielten, sondern eben nur genauere, consequente Entfaltung des schon anerkannten, längst vorhandenen und nur in diesem seinen entwickelten Umfange zum klaren, juristischen Bewußtsein des Volkes gebrachten jus civile waren. Daher wurde auch das Ergebniß dieser Bemühungen, responsa der prudentes, vorzugsweise mit dem Namen jus civile im engsten Sinne belegt, und es waren dieselben damals für das Civilrecht und dessen fortschreitende Entwickelung das, was, nach dem Obigen,[1]) die Magistratsedicte für das jus gentium waren. Der Grund, warum in der Folge die responsa prudentium, als Rechtsquelle, zu dem scriptum jus gezählt wurden, liegt wohl erst in der späteren eigenthümlichen Gestaltung derselben und in der schriftlich verbrieften Form, in welche sie in der folgenden Periode eingekleidet wurden.[2]) Denn jetzt gehörten sie noch sicher zum jus non scriptum.

Theils wegen des besonderen Ansehens, in welchem sie bei ihren Zeitgenossen standen, theils aber auch zugleich als in ihrer Art berühmte juristische Schriftsteller, verdienen hier folgende prudentes erwähnt zu werden: Appius Claudius, Cn. Flavius (jus Flavianum), Tiberius Coruncanius, Aelius Catus, der ältere Cato und M. Porcius Cato, P. Mucius Scaevola, M. Junius Brutus, M. Manilius Nepos, die beiden Q. Mucius Scaevola, der ältere und der jüngere, Hostilius, L. Crassus, Servius Sulpicius Rufus, Alfenus Varus, A. Ofilius u. A. Doch beschränkte

[1]) Vergl. §. 20.

[2]) Vergl. §. 26.

ſich ihre ſchriftſtelleriſche Thätigkeit anfangs, nach dem damaligen Stande der Rechtskunde, faſt lediglich auf Veröffentlichung, Sammlung und Anordnung von Formularen zu Rechtsgeſchäften aller Art, actiones in dieſem Sinne des Wortes. Nur von einigen Wenigen wird uns geſagt, daß ſie bereits Höheres unternommen, namentlich auch ſchon wiſſenſchaftliche und ſyſtematiſche Begründungen des Rechtes verſucht hätten. Zu dieſen Letzteren gehören: Q. Mucius Scaevola, Servius Sulpicius Rufus, A. Oſilius.

In ſeiner urſprünglichen Geſtalt iſt nichts von dieſen juriſtiſchen Werken auf uns gekommen, und ſelbſt mittelbar haben wir nur wenige Notizen über ſie und ihren Inhalt. Es erklärt ſich das auch ſehr natürlich daraus, weil theils das in jeder, namentlich in praktiſcher Beziehung noch größere Anſehen der ſpäteren Juriſten das jener älteren in den Hintergrund drängen mußte, theils das von den damaligen prudentes angefangene Fortbildungswerk erſt von den Juriſten der folgenden Periode vollendet und von dieſen letzteren als Material, ſoweit es noch brauchbar erſchien, mit in ihre Schriften aufgenommen wurde, alſo darin gewiſſermaaßen aufging.

Jus autem civile est, quod ex legibus, plebiscitis, decretis principum, auctoritate prudentium venit. Papinian. in fr. 7. pr. D. I, 1. de just. et jure.

Ita in civitate nostra aut jure, id est lege constituitur, aut est proprium jus civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit cet. Pompon. in fr. 2. §. 12. D. I, 2. de orig. jur. Vergl. Cic. de offic. III. c. 16. — Festus sub voc. receptum. — §. 3. Inst. I, 2. de jure nat.

His legibus (XII tab.) latis coepit, ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritate necessariam esse disputationem fori. Haec disputatio et hoc jus, quod sine scripto venit, compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur, ut ceterae partes juris suis nominibus designantur, datis propriis nominibus ceteris partibus, sed communi nomine appellatur jus civile. Pompon. fr. 2. §. 5. D. eod.

Omnium tamen harum (legis actionum) et interpretandi scientia, et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praesset privatis. Pompon. fr. 2. §. 6. D. eod.

Juris civilis scientiam plurimi et maximi viri professi sunt, sed qui eorum maximae dignitatis apud populum romanum fuerunt, eorum in praesentia mentio habenda est, ut appareat, a

quibus et qualibus haec jura orta et tradita sint. Et quidem ex omnibus, qui scientiam nacti sunt, ante Tiberium Coruncanium publice professum neminem traditur; ceteri autem ad hunc vel in latenti jus civile retinere cogitabant, solumque consultatoribus vacare potius, quam discere volentibus se praestabant. Pompon. eod. §. 35.

Postae cum Appius Claudius proposuisset et ad formam redegisset has actiones, Cn. Flavius, scriba ejus, libertini filius, subreptum librum populo tradidit; et adeo gratum fuit id munus populo, ut tribunus plebis fieret, et aedilis curulis. Hic liber, qui actiones continet, appellatur jus civile Flavianum, sicut ille jus civile Papirianum. Nam nec Cn. Flavius de suo quidquam adjecit libro. Augescente civitate, quia deerant quaedam genera agendi, non post multum temporis spatium Sextus Aelius alias actiones composuit et librum populo dedit, qui appellatur jus Aelianum. Pompon. ebd. §. 7.

Q. Mucius, Publii filius, Pontifex maximus, jus civile primus constituit, generatim in libros decem et octo redigendo. Pompon. eod. §. 41.

§. 22.

Anderes Gewohnheitsrecht.

Sowohl das jus honorarium, als die responsa prudentium waren im Grunde nur eine besondere Gestaltung des Gewohnheitsrechtes; nämlich ersteres ein Gewohnheitsrecht, das sich unter specieller Leitung und Aufsicht des Magistratus bildete, letztere ein Gewohnheitsrecht, unter specieller Leitung und Aufsicht der prudentes.

Aber auch außerdem bildete sich noch viel neues Gewohnheitsrecht, theils unmittelbar in und aus dem Volke selbst, mos, mores majorum, theils durch Gerichtsgebrauch. So nennt man nämlich diejenigen Sätze des Gewohnheitsrechtes, welche sich durch die Gleichmäßigkeit ihrer Anwendungen auf einzelne Proceßfälle, in den sie rechtskräftig entscheidenden richterlichen Erkenntnissen, res judicatae, res perpetuo similiter judicatae, als die in der allgemeinen Rechtsüberzeugung lebenden und darum geltenden bekundeten. Ganz besonders wichtig waren in dieser Hinsicht die übereinstimmenden Erkenntnisse, Präjudicien, der Centumviralgerichte. Darauf beziehen sich in unseren Rechtsquellen die Ausdrücke: rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritas, und disputatio fori. Uebrigens fiel alles dieses Gewohnheitsrecht, als integrirender

Theil des römiſchen Rechtes, unter den Begriff des eigentlichen jus civile.

Nam imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus, quae ex lege proficiscuntur, consuetudinem, aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem vim legis obtinere debere. Callistrat. in fr. 38. D. I, 3. de legib.

Praeses provinciae, probatis his, quae in oppido frequenter in eodem controversiarum genere servata sunt, causa cognita statuet. Nam et consuetudo praecedens, et ratio, quae consuetudinem suasit, custodienda est. Imp. Alexander in c. 1, C. VIII, 53. quae sit longa consuetudo.

Dritte Periode.

Von Kaiſer Auguſtus bis auf Kaiſer Conſtantin den Großen.

§. 23.

Aenderungen in der politiſchen Verfaſſung des Staates.

Die vielen inneren Unruhen und Bürgerkriege, welche die vorige Periode beſchloſſen, hatten zuletzt einen Zuſtand wahrer Anarchie herbeigeführt, aus welcher, wenn auch nur vorübergehend und raſch wechſelnd, einzelne Machthaber unter verſchiedenen Namen, mit wenigſtens factiſch faſt unumſchränkter Regierungsgewalt, hervorgingen. Unter ihnen ragt Julius Caeſar hervor, und er legte den Grund zu der bald darauf ſich entwickelnden Kaiſerverfaſſung. Nach ſeinem Tode brachen neue bürgerliche Unruhen aus, und deßhalb waren, auf den Antrag eines interrex, unter dem Namen triumviri reipublicae constituendae, drei Männer gewählt worden, um die zerrüttete Staatsverfaſſung wieder herzuſtellen, Octavianus, Antonius und Lepidus. Nachdem Lepidus geſtorben und Antonius, im offenen Kampfe beſiegt, umgekommen war, blieb nur Octavianus von dem Triumvirate noch übrig. Er wußte es durch ſeine Klugheit dahin zu bringen, daß er die bisher zwiſchen Dreien getheilte Staatsgewalt, in ſeiner Perſon vereinigt, allein fortbehielt. Mit derſelben politiſchen Umſicht wußte er ſich, auch nachdem die zu ordnenden Verhältniſſe wieder hergeſtellt waren, die höchſte Staatsgewalt, durch immer wiederholte Verleihungen und Er-

neuerungen auf eine bestimmte Reihe von Jahren, fortwährend zu erhalten, und regierte so, als Alleinherrscher, princeps, bis zu seinem erst spät erfolgten Tode. Nichts desto weniger ließ er zum Scheine fast alle bisherigen äußeren Formen der libera respublica noch daneben fortbestehen, und bewies überhaupt eine große politische Mäßigung. Eine ähnliche Vorsicht wendeten seine ersten Nachfolger, wenn auch mit weniger Umsicht und Schonung, an.

Auf diese Weise geschah der Uebergang der libera respublica zu der rein und entschieden monarchischen Form der Kaiserregierung im Grunde sehr allmählig. Er war weder das Ergebniß eines einzigen, raschen, kühnen Staatsstreiches von Seiten des Octavianus Augustus, noch kann er aus dem Gesichtspunkte eines bestimmten, freien, vom Volke ausgehenden Actes, der Uebertragung der höchsten Gewalt auf Einen, betrachtet werden. Wenn uns einzelne Nachrichten von einer lex regia, einer lex de imperio lata, erzählen, als von einem Volksgesetze, wodurch die gesammte, bisher dem populus zustehende Gewalt, von diesem letzteren selbst mit einem Male förmlich auf Augustus, als den ersten Kaiser, übertragen worden sein soll, so lag darin gewiß nur eine Formalität, wie sie deßhalb auch noch späterhin mehrmals, unter den Nachfolgern von Augustus, wiederholt worden ist. Dazu kommt noch der geschichtliche Umstand, daß Kaiser Augustus bis zuletzt seine Regierungsgewalt, der äußeren Form nach, nicht als Alleinherrscher ausübte, sondern in der Form und durch Vermittelung der wichtigsten, aus der libera respublica stammenden magistratus, die er sich theils auf kürzere, theils auf längere Zeit, theils sogar auf Lebenszeit, übertragen ließ und so in seiner Person vereinigte, namentlich der tribunicia potestas, des proconsulare imperium, der praefectura morum, der Würde eines Pontifex maximus u. s. w.

Aus diesem geschichtlichen Entwickelungsgange, wie derselbe sehr wohl zu der schlauen Politik von Augustus paßte, erklärt sich denn auch die ganze Gestaltung der legislativen Gewalt in den ersten Zeiten des Kaiserstaates. Denn es übten der Populus, die Plebs und der Senat, ohne scheinbare äußere Aenderung, wie früherhin, ihre gesetzgebende Macht in den republicanischen Formen fort. Nur daß freilich der Kaiser, theils als bleibender Inhaber

aller republicanischen Aemter, theils durch seinen sonstigen politischen Einfluß, bedeutend darauf einwirkte. Auch konnte ferner unbedenklich der Kaiser, in seiner Eigenschaft als magistratus populi, unmittelbar und in eigener Person edicta proponiren, welche schon darum legis vicem erhalten mußten, weil hier der edicirende Magistratus lebenslänglich im Amte blieb.

In diesen äußerlichen Formen der libera respublica regierten nun Augustus und seine Nachfolger, unter dem Namen principes, imperatores, caesares, augusti, noch eine geraume Zeit lang den römischen Staat. Aber freilich jene beibehaltenen republicanischen Einrichtungen wurden durch das wachsende und sich befestigende Ansehen des Monarchen immer mehr und mehr zu todten Formen herabgewürdigt, bis sie allmählig, als jetzt überflüssig, eine nach der anderen, ganz verschwanden. Zuletzt tritt das streng monarchische Princip, nicht selten sogar in sehr despotischen Formen, ausschließlich hervor.

Das Reich selbst blieb zwar, seinem äußeren Umfange und dem äußeren Scheine nach, während dieser ganzen Periode noch im Wachsen. Es trug aber unverkennbar im Inneren den Keim seines späteren Verfalles schon in sich. Davon äußerten sich bereits die bedenklichsten Zeichen, besonders in den unruhigen Zeiten und in dem raschen Wechsel der Kaiser, nach dem Tode von Severus Alexander. In diesen Zeitwirren, welche bis auf Diocletian fortdauerten, gingen auch die letzten Spuren und Ueberbleibsel der ehemaligen libera respublica, welche sich bis dahin wenigstens noch in einzelnen Instituten des Privatrechtes erhalten hatten, unter. Die ganze Staatsverfassung nahm zuletzt entschieden den Charakter einer Militärdespotie an.

Alles dieses konnte insofern nicht ohne bemerkbaren Einfluß auch auf den Rechtszustand bleiben, als allmählig nicht blos das öffentliche Recht dadurch eine gänzliche Umgestaltung erlitt, sondern auch für das Privatrecht neue Rechtsquellen eröffnet wurden. Dennoch blieb im Ganzen der Geist der Tüchtigkeit und Consequenz, in welchem sich bisher die Rechtsbildung bewegt hatte noch lange Zeit nach dem Untergange der freien Volksverfassung, unverändert derselbe. Es hat sogar, was den wissenschaftlichen Ausbau des römischen Rechtes betrifft, die Kaiserregierung, durch manche von ihr ausgehende, neue Einrichtungen, eher wohlthätig, als hemmend auf die damalige Jurisprudenz eingewirkt

Erst gegen das Ende dieser Periode fängt das Princip der Willkür und Despotie an, auch auf die weitere Entwickelung der Institute des Privatrechtes seinen nachtheiligen Einfluß sichtbar geltend zu machen.

Sed et quod principi placuit, legis habet vigorem, quum lege regia, quae de ejus imperio lata est, populus ei et in eum omne imperium suum et potestatem concedat. §. 6. Inst. I, 2. de jure nat. Vergl. mit Gai. I. §. 5. und fr. 1. pr. D. I, 4. de constit.

Lege antiqua, quae regia nuncupabatur, omne jus omnisque potestas populi romani in imperatoriam translata sunt potestatem. Justinianus in const. Deo auctore. §. 7.

§. 24.

Nunmehrige Form der eigentlichen Gesetze und die kaiserlichen Constitutionen insbesondere.

Noch bis auf die Zeiten von Hadrian finden wir, daß leges populi und plebiscita, anfangs sogar in großer Menge und Reichhaltigkeit, erlassen wurden. Der Antrag zu den meisten dieser Gesetze rührte zwar unmittelbar, oder mittelbar vom Kaiser selbst her. Indessen die Schwierigkeiten, mit welchen wenigstens Augustus selbst noch zu kämpfen hatte, um manche von ihm gemachte, der Nation mißliebige Rogationen in den Volksversammlungen als Gesetz durchzusetzen, beweisen, daß die gesetzgebende Gewalt des populus keineswegs gleich anfangs unter der Kaiserregierung eine bloße, leere Form gewesen ist. Das zeigte sich namentlich bei der Geschichte des wichtigsten und umfassendsten Volksgesetzes unter Augustus, der lex Julia et Papia Poppaea. (762 n. E. R.)[1])

Noch länger erhielt sich die gesetzgebende Gewalt des Senates, in welchen sich allmählich die noch übrig bleibenden republicanischen Elemente zurückzogen, nachdem bereits die politische Bedeutung des gesammten populus gänzlich aufgehört hatte. Daher kommen unter der Kaiserregierung senatusconsulta nicht blos in großer Anzahl vor, sondern sie werden sogar von jetzt an gerade für das Privatrecht bedeutsamer, als früherhin. Aber, da der Kaiser den Vorsitz im Senate hatte, da die Senatoren

[1]) Heineccii Commentarius ad leg. Jul. et Pap. Poppaeam. Amst. 1726; zuletzt Lips. 1778.

von ihm ernannt wurden und einen von ihm vielfach abhängigen Staatsrath bildeten, ſo konnte es nicht fehlen, daß die Senatusconſulte meiſt nur in dieſe republicaniſche Form eingekleidete kaiſerliche Verordnungen waren, oft geradezu eingeleitet durch eine oratio, oder einen libellus des Kaiſers. So erklärt es ſich, wie und warum, ſtatt des Senatusconſultes ſelbſt, zuweilen ſchlechtweg die oratio principis genannt wird. Unter Septimius Severus und Caracalla verſchwindet zuletzt die geſetzgeberiſche Thätigkeit des Senates gänzlich.

Endlich ging, auch dem Namen und der äußeren Form nach, alle geſetzgebende Gewalt unmittelbar auf den Kaiſer, als ſolchen, über. Seitdem bildeten die constitutiones, placita, decreta (im weiteren Sinne) principum, welche freilich auch andere, als legislative Verfügungen der Kaiſer enthielten, eine um ſo wichtigere Quelle des Rechtes, weil ſich in ihnen die ganze Legislation im Staate concentrirte. Ja, man kann ſagen, daß zuletzt, zum großen Theile, alle weitere Fortbildung des Rechtes lediglich in den Händen des Kaiſers lag.

Die kaiſerlichen Conſtitutionen waren übrigens, ſowohl ihrer äußeren Form, als ihrem Inhalte und ihrer ganzen Beſtimmung nach, ungemein verſchieden. Es hing das ſehr natürlich zuſammen mit gewiſſen Eigenthümlichkeiten der damaligen Staats- und Juſtizverfaſſung des Reiches, welche nicht blos die legislative, ſondern auch die oberaufſehende, adminiſtrative und richterliche Thätigkeit des Kaiſers vielfach in Anſpruch nahm. Namentlich konnte der Kaiſer unmittelbar aus dem Cabinete nicht blos in letzter, oberſter Inſtanz Proceſſe entſcheiden, ſondern auch in jeder Inſtanz, nach Belieben, die anhängigen Proceſſe, ſowohl Civil- als Criminalproceſſe, zur unmittelbaren Entſcheidung an ſich ziehen. Er ertheilte ferner allen Anfragenden, ſowohl Beamten, als Privatperſonen, die ſich in Amts- oder Privatangelegenheiten unmittelbar an ihn wendeten, aus ſeinem Cabinete Reſolution. Alles nun, was ſo aus dem kaiſerlichen Cabinete kam, führte zwar den allgemeinen Namen einer constitutio principis, aber natürlich trugen bei weitem die wenigſten dieſer kaiſerlichen Conſtitutionen den Charakter wahrer publicirter Geſetze an ſich. Weit häufiger, ja ſogar regelmäßig erſchienen ſie in Geſtalt von kaiſerlichen Inſtructionen, Reſolutionen, Beſcheidertheilungen auf ergangene Anfragen und richterlichen Proceßentſcheidungen. Eben

so wenig enthielten sie alle, ihrem Inhalte nach, einen neuen Rechtssatz, sondern oft nur Einschärfungen, oder Anwendungen des bisherigen Rechtes und Verweisungen darauf. Doch lag es eben so sehr in der Natur der damaligen Staats- und Rechtsverfassung, daß, wo der Kaiser, wenn auch nicht in Form eines wahren, publicirten Gesetzes, sondern nur bei Gelegenheit eines einzelnen Falles, einen neuen, seiner Richtung nach auch auf Andere anwendbaren Grundsatz ausgesprochen hatte, derselbe dennoch zur Kenntniß des Publicums und der Gerichte, und so mittelbar zur allgemeinen Geltung kam. Es ging namentlich sehr bald der Inhalt solcher kaiserlichen Entscheidungen und Interpretationen in die Schriften der jurisconsulti, mit deren Beirathe sie ja großentheils erlassen worden, über, und wurde so auf diesem Wege Jedem zugänglich. Es konnte endlich nicht fehlen, daß man sich auch in anderen, späteren Fällen auf dergleichen kaiserliche Präjudicien, oder sonst geäußerte Rechtsansichten mit Erfolg vor Gericht berief. Nur die constitutiones personales machten, ihrer Natur nach, davon eine Ausnahme. Denn diese enthielten schon in sich selber das Verbot einer jeden Anwendung und Berufung für andere Fälle.

So erhält jede der folgenden verschiedenen Arten und Formen, auf welche die kaiserlichen Constitutionen sich zurückführen lassen, ihre besondere Bedeutung und Erklärung.

1) Eigentliche, für eine allgemeine Publication bestimmte Gesetze, edicta, edictales leges, generales leges, constitutiones ad omnes, auch, besonders in der folgenden Periode, leges perpetuo valiturae, oder perpetuae genannt,
2) Rescripta im engeren Sinne, bloße Antworten der Kaiser auf Berichte, oder Anfragen. Als Unterarten davon kommen vor:
   a) die epistolae,
   b) die einfachen subscriptiones, subnotationes und adnotationes,
   c) die sanctiones pragmaticae.
3) Mandata, Instructionen an kaiserliche Beamte.
4) Decreta, kaiserliche Proceßentscheidungen.

Für alle diese Constitutionen wurde schon ziemlich früh die kanzleimäßige Form ihrer Abfassung genauer bestimmt, verschie-

den theils nach dem Gegenstande, theils nach der nächsten Bestimmung derselben. Immer aber enthielten sie, neben ihrem eigentlichen Inhalte, an der Spitze eine inscriptio, d. h. den Namen des Kaisers, oder der mehreren Mitkaiser, von denen sie herrührten, so wie die Bezeichnung der physischen, oder juristischen Person, an welche sie zunächst gerichtet waren. Sodann am Schlusse eine subscriptio, d. h. Angabe des Ortes und der Zeit der Ausfertigung.

Von den kaiserlichen Constitutionen ist nicht blos in den Schriften der Juristen, durch allgemeine Beziehung auf ihren Inhalt, vielfach die Rede, sondern es ist auch eine große Anzahl derselben in ihrer ursprünglichen Form auf unsere Zeit gekommen. Letzteres besonders in den Constitutionensammlungen, codices constitutionum, von denen in der folgenden Periode die Rede sein wird.

Constitutio principis est, quod imperator vel decreto, vel edicto, vel epistola constituit, nec unquam dubitatum est, quin id legis vicem obtineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat. Gai. I. §. 5.

Quodcunque ergo imperator per epistolam constituit, vel cognoscens decrevit, vel edicto praecepit, legem esse constat. Hae sunt, quae constitutiones appellantur. Plane ex his quaedam sunt personales, quae nec ad exemplum trahuntur, quoniam non hoc princeps vult. Nam, quod alicui ob meritum indulsit, vel si quam poenam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non transgreditur. Aliae autem, quum generales sint, omnes procul dubio tenent. §. 6. Inst. I, 2. de jure nat.

Leges ut generales ab omnibus aequabiliter in posterum observentur, quae vel missae a nobis ad venerabilem coetum (senatum) oratione conduntur, vel inserto edicti vocabulo nuncupantur, sive eas nobis spontaneus motus ingesserit, sive precatio, sive relatio, vel lis mota legis occasionem postulaverit. Nam satis est, edicti eas nuncupatione censeri; vel per omnes populos judicum programmatibus divulgari, vel expressius continere, quod principes censuerint. ea, quae in certis negotiis statuta sunt, similium quoque causarum fata componere, Theod. et Valent. in c. 3. C. I, 14. de legib. et constit.

§. 25.

Neueste Gestaltung der edicta magistratuum und das Hadrianische Edict insbesondere.

Auf diese Rechtsquelle wirkte die neue Kaiserverfassung im Anfange keineswegs sichtbar hemmend ein. Es behielten vielmehr

die magistratuum edicta ihren ungestörten Fortgang, indem nicht blos der bisherige Gegensatz von jus civile und jus honorarium, jus strictum und jus aequum fortbestand, sondern auch die zur Erzeugung des honorarium jus nöthigen Organe, die magistratus j. d. in ihrer bisherigen Amtsthätigkeit verblieben. Nur verlor jener Gegensatz in anderer Hinsicht immer mehr das Schroffe, was er bisher oft gehabt. Denn, vorerst suchten die Quellen des neueren Civilrechtes selbst, besonders die kaiserlichen Constitutionen, welche, einem sehr natürlichen, fast nothwendigen Zuge folgend, sich entschieden mehr zur Aequitas hinneigten, beide Elemente vermittelnd mit einander zu verschmelzen. Es bemühten sich ferner die Juristen in ihren Schriften, den inneren Zusammenhang und das künstliche Ineinandergreifen des jus civile und des jus honorarium nachzuweisen. Endlich waren es wieder die Kaiser, besonders Hadrian, welche, in anderer Richtung hin, dem Inhalte der Edicte eine möglichst allgemeine Geltung für das ganze Reich zu verschaffen wußten.

Letzteres trat besonders scharf hervor seit einer wichtigen Aenderung, welche sich theils mit dem bisherigen Verhältnisse der Stadt Rom zu Italien, theils mit den Edicten zutrug. Bisher nämlich waren alle diese Edicte, so sehr sie sich auch in ihrem Inhalte, der ganzen Richtung des damaligen römischen Rechtes nach, einander genähert haben mochten, formell getrennt geblieben. Aber seit Hadrian und Marc Aurel fiel auch diese formelle Trennung weg. Denn Hadrian theilte ganz Italien ein in die Stadt Rom, mit ihrem Umkreise, und in vier Districte. Nur für die Stadt Rom selbst und ihren Umkreis blieben die bisherigen Magistratus in Rom in Wirksamkeit, und nur auf diesen Umkreis beschränkte sich daher von jetzt an die Jurisdiction des Prätors, während für die übrigen Districte Beamte, unter dem Namen consulares, seit Marc Aurel juridici angestellt wurden.[1]) Damit hing nun wahrscheinlich genau zusammen eine andere, sehr durchgreifende Maaßregel von Hadrian. Er ließ nämlich um das Jahr 131 n. Chr. G. durch Salvius Julianus, den damals bereits designirten Prätor, das Edict des Praetor peregrinus und urbanus, nach einer vorausgegangenen Revision, zum Zwecke der Ausscheidung manches Veralteten und der Ausgleichung manches Widersprechenden, zu einem nach Materien geordne-

[1]) Fragm. Vaticana. §. 232.

ten Ganzen verbinden. Dabei wurde auch wohl manches Brauchbare aus dem edictum provinciale entlehnt, wahrſcheinlich auch das ädiliciſche Edict, in einer neuen Reviſion, mit aufgenommen und zu einem Ganzen verarbeitet. Dieſes ſo vervollſtändigte Edict, welches nachher vorzugsweiſe das edictum perpetuum genannt wurde, ließ Hadrian nicht blos in Rom proponiren, ſondern auch, als Inſtruction für alle Juſtizbeamte, in den Provinzen publiciren, mittelſt unmittelbarer kaiſerlicher Verordnung in den kaiſerlichen Provinzen, mittelſt eines von ihm veranlaßten Senatusconſultes in den Senatsprovinzen. Auf dieſe Weiſe wurde die Rechtsſprechung für das ganze Reich zweckmäßig vereinfacht, ſo wie die Einheit und Gleichförmigkeit des römiſchen Rechtes überhaupt befördert. Auch läßt ſich ſeitdem von dem ſo publicirten Edicte mit vollem Rechte ſagen, daß es legis vicem hatte, was vorher in dieſem Maaße nicht der Fall war.

Dieſer bisherigen Darſtellung, welche freilich, bei der Unzulänglichkeit unſerer Quellen darüber, zum Theil nur auf Vermuthungen beruht, ſteht nicht entgegen der Umſtand, daß auch noch nach Julian's Arbeit das Edict Zuſätze erhalten haben ſoll. Denn immerhin konnte und ſollte wohl, neben jenem nunmehr in Form eines wahren Geſetzes fixirten geſchloſſenen Kreiſe der älteren Edicte, noch ein Recht zu ediciren für die Zukunft, ſowohl in Rom, als in den Provinzen, fortbeſtehen. Aber ſehr begreiflich iſt, daß von jetzt an, bei der nunmehr ſo großen Vollſtändigkeit der ſchon vorhandenen und combinirten Edictsmaſſe, immer ſeltener neue Edicte proponirt wurden. Zuletzt aber hörten, mit dem ganzen jus edicendi, die magistratuum edicta auf, für die Zukunft als Rechtsquelle zu fließen, ohne daß ſich jedoch eine ganz beſtimmte Zeit dafür angeben läßt. Es war das nämlich eine natürliche Folge der nunmehr unter der ſich vollſtändiger entwickelnden Kaiſerregierung ganz veränderten Stellung jener ehemaligen magistratus juri dicundo, welche nicht mehr magistratus populi blieben, ſondern rein kaiſerlichen Juſtizbeamten weichen mußten. Dazu kam, daß die immer tiefer eingreifende legislative und oberſt-richterliche Thätigkeit der Kaiſer ſelbſt die Stelle der edicta magistratuum zu vertreten und ſie überflüſſig zu machen ſehr wohl geeignet war.

Von den prätoriſchen und anderen Edicten ſind nur Fragmente und ſelbſt dieſe nur mittelbar, in den Schriften der juriſti-

ſchen und nichtjuriſtiſchen Claſſiker, auf unſere Zeit gekommen.[1]) Sie beziehen ſich wohl faſt alle auf die Salvianiſche Redaction des Edictes. Die mehrmals von unſeren heutigen Juriſten verſuchten wörtlichen Reſtitutionen des prätoriſchen Edictes konnten, bei der Mangelhaftigkeit der Quellen, nur höchſt unſichere Reſultate liefern.[2])

Et hoc non ipsi solum dicimus, verum jam pridem etiam omnium, qui inter jurisconsultos floruerunt, doctissimus Julianus id ipsum apparet dixisse — et insuper Hadrianus piae memoriae, quique praetorum annua edicta in brevem quendam coëgit tractatum, optimum Julianum ad hoc assumens, in oratione, quam in publico recitavit in veteri Roma, hoc ipsum asserit, ut, si quid praeter id, quod constitutum est, emerserit, consentaneum est, qui in magistratu sunt, id conari dirimere et remedium adhibere, secundum eorum, quae jam disposita sunt, consequentiam. Justinianus in const. dedit nobis (δέδωκεν) §. 18.

Et hoc non primum a nobis dictum est, sed ab antiqua descendit prosapia; quum et ipse Julianus, legum et edicti perpetui subtilissimus conditor, in suis libris hoc retulit: ut, si quid imperfectum inveniatur, ab imperiali sanctione hoc repleatur; et non ipse solus, sed et divus Hadrianus in compositione edicti et Senatusconsulto, quod eam cosecutum est, hoc apertissime definivit, ut, si quid in edicto positum non invenitur, hoc ad ejus regulas ejusque conjecturas et imitationes possit nova instruere auctoritas. Justinianus in const. tanta de confirm. Digest. c. 18.

§. 26.

Neueſte Geſtaltung der responsa prudentium, und die wiſſenſchaftliche Bearbeitung des römiſchen Rechtes.

Das urſprünglich höchſt einfache römiſche Recht in ſeiner jetzigen Geſtalt hatte nicht blos ſchon einen bedeutenden Umfang an Material gewonnen, ſondern erſchien auch daneben als eine ſehr künſtliche Zuſammenſetzung älterer und neuerer Rechtsquellen, welche durchaus nicht alle dieſelbe Richtung verfolgten und von demſelben Geiſte ausgingen. Dadurch war es zu einem ſchwer zu überſehenden Ganzen und eine Vereinfachung dieſes faſt zu reich-

[1]) Eine Zuſammenſtellung der in Juſtinian's Pandekten enthaltenen Relationen findet ſich bei Haubold Inst. juris romani. ed. Otto. in Append. pag. 11—29.

[2]) Guil. Ranchin. Edict. perpet. Par. 1597. — Jac. Gothofredus in den Fontes quatuor. — Abr. Wieling Fragmenta edicti. Franequ. 1733. 4. — de Weyhe libri tres edicti. Cell. Lun. 1821. 4.

haltigen Stoffes durch wissenschaftliches Zusammenfassen, oder Verarbeiten, namentlich auch zu praktischen Zwecken, ein dringendes Zeitbedürfniß geworden. Theils aus diesem Bedürfnisse, theils aber auch aus manchen anderen, mitwirkenden und in der Zeit selbst liegenden Ursachen entwickelte sich, schon seit der ersten Hälfte dieser Periode, diejenige wissenschaftliche Blüthe des römischen Rechtes, wodurch dasselbe sich, in einer verhältnißmäßig kurzen Zeit, zu einer so bedeutenden, bisher in keinem anderen Staate erreichten, materiellen und formellen Trefflichkeit herausarbeiten konnte.

Im genauesten Zusammenhange damit steht die gänzlich veränderte Stellung, welche unter der Kaiserregierung die Juristen einnahmen. Um nämlich den immer wichtiger werdenden Einfluß der Wissenschaft auf die Fortbildung des Rechtes mit dem Interesse der neuen Staatsverfassung, des Principates, in eine wohlthätige Verbindung zu setzen, ertheilte schon Augustus einigen berühmten jurisconsulti das Recht, publice de jure zu respondiren. Seitdem wurde es üblich, daß die prudentes ein solches Recht, zu respondiren, ausdrücklich vom Kaiser erbaten und wohl um so sicherer ertheilt erhielten, je ausgezeichneter und bewährter sie theils durch ihr wissenschaftliches Ansehen, theils durch ihre sonstige öffentliche Stellung im Staate erschienen. Dadurch wurden zwar die übrigen, nicht so bevorzugten Juristen keineswegs vom Respondiren ganz ausgeschlossen; allein es bildete sich doch jetzt, als natürliche Folge davon, ein privilegirter, geschlossener Stand derer, welche so zum Respondiren besonders ermächtigt waren, quibus permissum erat, jura condere, de jure respondere. Sie hießen davon juris auctores, conditores, und wurden von jetzt an oft vorzugsweise unter dem Ausdrucke prudentes verstanden. Doch behielten die älteren Juristen vor Augustus und seiner neuen Einrichtung, nach wie vor, das Ansehen als juris auctores, und sie wurden späterhin in dieser Beziehung oft als veteres bezeichnet.

Welche besonderen Vorrechte gleich anfangs seit Augustus die so bevorzugten Juristen genossen, ist zwar, dem vollen Umfange nach, nicht ganz klar. Doch mußten jedenfalls schon damals ihre Responsa dadurch an Einfluß und Bedeutung gewinnen, daß sie gewissermaaßen im Auftrage und unter der Auctorität des Kaisers ertheilt wurden. Unter Hadrian aber kam der Grundsatz auf, daß die entschieden ausgesprochenen Rechtsansich-

ten jener prudentes, wo sie sämmtlich mit einander übereinstimmten, unter dem Namen sententiae, sogar legis vicem haben und für den Richter eine auch gesetzlich verpflichtende Norm bilden sollten, von welcher er bei der Rechtsprechung nicht abweichen durfte. Wo dagegen, wie das allerdings oft der Fall war, jene Juristen selbst verschiedener Meinung waren, also einer die auctoritas des andern gewissermaaßen aufwog, da sollte der Richter sich zwar nach eigener Wahl und Ueberzeugung, aber doch immer jedenfalls für eine dieser verschiedenen geäußerten Rechtsansichten, welche dann, wie es scheint, im Gegensatze der eigentlichen sententiae, bloße opiniones hießen, entscheiden. Dadurch nahmen die übereinstimmenden responsa prudentium, die sententiae jurisconsultorum, einen ganz neuen, fast legislativen Charakter an. Offenbar wurde dadurch schon der Grund zu demjenigen gelegt, was späterhin unter Valentinian III., durch das sogenannte Citirgesetz,[1]) und noch mehr unter Justinian, durch Abfassung seines Pandektenrechtsbuches,[2]) in weit vollerem Maaße ausgeführt worden ist. Je höher übrigens auf diese Weise die praktische Bedeutung jener responsa stieg, desto natürlicher erklärt sich die jetzt aufgekommene gesetzliche Bestimmung, daß die Gutachten, um eine solche Wirkung zu haben, in einer gewissen, genau vorgeschriebenen Form, schriftlich und durch Siegel beglaubigt, abgegeben werden mußten. Daher wird diese Rechtsquelle auch seitdem von den Römern zu dem scriptum jus gezählt.

So wirkten nun die Juristen, als juris auctores, conditores, wie sie wohl zunächst in dieser Beziehung hießen, direct und indirect auf die Fortbildung des Rechtes ein, durch ihre sententiae und opiniones. Sie beschränkten sich auch jetzt nicht mehr zunächst blos auf die Fortbildung des jus civile, sondern erstreckten ihre Thätigkeit mit auf die Fortbildung des jus gentium, indem sie namentlich auch das jus honorarium, besonders die Edicte der Prätoren, als die jetzt reichhaltigste Rechtsquelle, mit besonderem Fleiße zu bearbeiten anfingen.

Allein auch in anderer Beziehung äußerte sich der indirecte Einfluß der damaligen Juristen nicht weniger bedeutsam, wenngleich weniger äußerlich sichtbar. Denn, schon seit Augustus

[1]) S. weiter unten §. 29.

[2]) S. weiter unten §. 34.

fanden die Kaiser es nothwendig, einen beständigen Rath von berühmten Juristen, amici, consilium, seit dem Ende des dritten Jahrhunderts auch consistorium principis genannt, um sich zu versammeln, dessen Begutachtung sie die vielen, oft schwierigen Rechtsfragen, die ihnen, ihrer kaiserlichen Stellung nach, zu lösen oblag, vor Erlassung der förmlichen Resolutionen, vorlegten. Dieses kaiserliche Rathscollegium erhielt, wahrscheinlich unter Hadrian, durch Zuziehung gewisser Beamter, namentlich der Praefecti, theils einen erweiterten Geschäftskreis, theils eine bestimmtere Geschäftsform. So ist anzunehmen, daß nicht leicht eine wichtige Constitution ohne den Rath dieser Juristen vom Kaiser erlassen wurde. Daraus erklärt sich auch, wie und warum die Constitutionen der Kaiser, so lange diesen Letzteren solche Rathgeber zur Seite standen, in der Regel so treffend und sachgemäß ausfallen konnten.

In genauem Zusammenhange mit dieser privilegirten Stellung gewisser Juristen stand auch der Gang, welchen jetzt die wissenschaftliche Bearbeitung des Rechtes nahm. Schon vor der Kaiserzeit hatten einige Juristen versucht, theils wissenschaftliche Werke über Gegenstände des Rechtes zu schreiben, theils, statt der sonstigen, rein praktischen Unterweisung, einen mehr geregelten theoretischen Rechtsunterricht zu ertheilen. Unter Augustus waren es besonders zwei Juristen, welche eine große Menge Schüler zogen, Antistius Labeo, ein Schüler des Trebatius, und Atejus Capito, ein Schüler des Ofilius. Beide Rechtslehrer, schon durch ihre politischen Ansichten von einander abweichend, faßten den ihnen zur weiteren wissenschaftlichen Bearbeitung überlieferten, positiven Rechtsstoff von verschiedenen Seiten auf und verfolgten dabei zum Theil eine verschiedene Richtung. Capito schloß sich, aus Grundsatz, schon im Allgemeinen mehr an den Buchstaben der positiven Satzungen an, während Labeo, mit größerer Freiheit und Unbefangenheit, aus der Natur und aus dem inneren Wesen der Sache selbst weiter argumentirte. Da ihre Schüler streng an den Ansichten der von ihnen hochgeachteten Lehrer festhielten[1]) und sie in diesem Geiste weiter ver-

[1]) Gaius, ein Sabinianer, bezieht sich deßhalb häufig auf: nostri praeceptores, nostrae scholae auctores, und bezeichnet, im Gegensatze davon, die Proculejaner als: diversae scholae auctores. Dirksen Beiträge zur Kunde des röm. Rechts. Abtheil. I.

breiteten, so entwickelten sich bald daraus zwei streng geschiedene Schulen der Juristen. Diese erhielten auch davon, jedoch nicht von ihren ursprünglichen Stiftern Labeo und Capito, sondern von einigen späteren Vertretern und Nachfolgern derselben, besondere Namen. Sie hießen auf der einen Seite Proculejaner, auch Pegasianer, von Licinius Proculus und von Pegasus, auf der anderen Seite Cassianer, auch Sabinianer, von Cassius Longinus und Massurius Sabinus. Eine geraume Zeit lang standen diese beiden Schulen einander ziemlich scharf gegenüber, und, so lange als überhaupt noch wissenschaftlicher Geist in der Rechtsbearbeitung sichtbar blieb, lassen sich die Spuren der mancherlei Controversen der Anhänger dieser, oder jener Schule nachweisen. Uebrigens fehlte es auch wohl zu keiner Zeit an einzelnen Juristen, welche sich von allen jenen Schulen fern hielten, ohne sich zu irgend einer derselben ausschließlich zu bekennen, und insofern mit einer gewissen freieren Selbstständigkeit einen eigenen Weg zu gehen versuchten. Nur bildeten sie nicht, wie man oft, durch ein offenbares Mißverständniß verleitet, behauptet hat, eine besondere bestimmte dritte Schule, unter dem Namen der Miscelliones, oder Herciscundi. Auch haben überhaupt jene verschiedenen Schulen keineswegs die Folge gehabt, ihre Anhänger zu einseitiger Befangenheit zu verleiten. Im Gegentheile wurde dadurch der Rechtsstoff, nach jeder Richtung hin, mit desto freierem Sinne bearbeitet, und im Laufe der Zeiten vereinigten sich allmählig alle jene verschiedenen Ansichten, zum Theil freilich zuletzt in Folge gewaltsamen Durchgreifens von Oben her, zu einem harmonischen Ganzen.

Das Alles zeigte sich nicht blos bei dem mündlichen Unterrichte, sondern trat auch in den vielen juristischen Werken, welche damals geschrieben wurden, sichtbar hervor. Letztere verfolgen zwar alle eine entschieden praktische Richtung, sind aber sonst, ihrer nächsten Tendenz und äußeren Form nach, sehr verschiedener Art. Bald erschienen sie als kürzere Leitfaden, Einleitungen in das gesammte römische Recht und Uebersichten, unter dem Namen: institutiones, libri institutionum, z. B. von Aelius Marcianus, Gaius, Paulus, oder unter dem Namen: elementa, definitiones, libri definitionum,

z. B. von Papinianus, oder unter dem Titel: regulae, libri regularum, z. B. von Ulpianus, Paulus; bald als weitläuftigere, umfassende, in das speciellere Detail eingehende Werke, oft unter dem Namen: libri juris civilis, digesta. Bald folgten sie, besonders wohl in der Entwickelung der Anfangsgründe, einem rein wissenschaftlichen Rechtssysteme, bald, und wie es scheint am häufigsten, derjenigen Anordnung der Materien, wie sie sich im prätorischen Edicte findet, indem diese für die praktische Seite des Rechtes schon darum, weil sie der Masse der Juristen, besonders den Praktikern, die geläufigste und bekannteste war, als die zweckmäßigste erscheinen mochte. Bald waren es Commentare über irgend eine ganze wichtige Rechtsquelle, z. B. über das Edict, wie die libri ad edictum von Sabinus, Gaius, Ulpianus, Paulus, oder über die XII Tafeln, namentlich von Labeo und Gaius; bald ähnliche Erläuterungen einzelner Gesetze, z. B. der lex Julia et Papia Poppaea von Marcellus, Ulpianus, Paulus; bald Commentare, oder Bemerkungen zu irgend einem Werke eines früheren Juristen, z. B. notae ad Marcellum, Sabinum, Papinianum, von Sext. Pomponius, Ulpianus, Paulus. Bald erstreckten sie sich über das ganze System des Privatrechtes, bald beschränkten sie sich, als Monographieen, auf einzelne Lehren. So z. B. de actionibus, de appellationibus. Bald enthielten sie eine Revision und Entscheidung von Controversen, bald waren es Entscheidungen einzelner Rechtsfälle, bald endlich Werke gemischten Inhaltes. Auf alle diese Verschiedenheiten beziehen sich die weiteren Namen und Titel der juristischen Werke: libri opinionum, variarum lectionum, responsorum, quaestionum, disputationum, enchiridia etc., von denen wohl manche sehr allgemeiner Natur waren und sich nicht gerade auf eine bestimmte Art von Werken beschränken lassen.

Was allen diesen Schriften einen so besonders hohen Werth verleiht, ist der feine, philosophisch-juristische Tact, welcher aus ihnen hervorleuchtet. Trotz dem großen Scharfsinne, mit welchem die Verfasser alle Seiten eines juristischen Grundsatzes aufzufassen, trotz der Consequenz, mit welcher sie das Allgemeine zu zergliedern und aus dem Grundgedanken die richtigen, entsprechenden

Folgesätze abzuleiten verstanden, bewahrte sie dennoch ihr praktisch gesunder Sinn vor pedantischen Subtilitäten.

Auf dieser Höhe wissenschaftlicher Tüchtigkeit erhielt sich indessen das römische Recht nur etwa bis auf die erste Zeit nach Severus Alexander, auch noch einigermaaßen bis auf Diocletian. Denn seitdem begann die Barbarei, welche sich, im Gefolge des gesunkenen politischen Zustandes, schon längst im übrigen Leben der Römer geäußert hatte, auch sich des Rechtszustandes zu bemächtigen. Daher hört zuletzt fast alles eigentliche wissenschaftliche Schaffen, Streben und Wirken der römischen Juristen auf.

Von der großen Menge juristischer Schriften aus jener wissenschaftlichen Zeit der römischen Jurisprudenz sind verhältnißmäßig nur sehr wenige, in ihrer ursprünglichen Gestalt, auf uns gekommen. Die bedeutendsten sind folgende. Von Domitius Ulpianus ein Fragment, wahrscheinlich aus seinem liber singularis regularum, in der vaticanischen Handschrift: tituli ex corpore Ulpiani, jetzt gewöhnlich schlechtweg: Ulpiani fragmenta genannt.[1]) Daran schließen sich Fragmente von Ulpian's Institutionen, welche neuerdings in Wien aufgefunden worden sind.[2]) Ferner von Gaius die institutionum quattuor commentarii, welche erst in der neueren Zeit (1816) von Niebuhr in einem rescribirten Codex des Domcapitels zu Verona entdeckt worden sind.[3]) Ihnen verdanken wir eine ganze Reihe von wichtigen Aufklärungen über uns bisher zum Theil noch unbekannte Parthieen des römischen Rechtes, besonders des römischen Civilprozesses. Es sind übrigens diese aufgefundenen ächten Commentarien des Gaius nicht zu verwechseln mit denjenigen Institutionen von Gaius,

[1]) Die besten kritischen Ausgaben sind von Hugo zuletzt Berol. 1834. 8. und von E. Böcking Bonn. 1836. 12.; zuletzt Lips. 1855.

[2]) Endlicher, de Ulpiani institutionum fragmento. Vindob. 1835. 8. Jetzt auch in der, S. 75. Note 1. citirten Ausgabe des Ulpian von Böcking.

[3]) Zuerst von Göschen herausgegeben (Berl. 1820 und 1824). Späterhin auch noch, in Verbindung mit Justinian's Institutionen, von Klenze und Böcking (Berl. 1839), so wie von Heffter (Bonn, 1830), von Lachmann (Bonn, 1841. 8.), welcher auch (Berl. 1842) die dritte Ausgabe der Göschen'schen Recension besorgt hat. Zuletzt von Böcking (Leipzig, 1865).

welche in einer von den Weſtgothen ſehr verunſtalteten Form ſich erhalten haben und einen Theil der weſtgothiſchen lex romana bilden.[1])

Weniger bedeutend ſind: die Schrift des Juriſten Volusius Mäcianus, unter dem Titel: assis distributio etc.,[2]) ferner, von einem unbekannten Verfaſſer, das ſ. g. fragmentum de jure fisci, welches mit dem ächten Gaius aufgefunden worden, und manche andere Fragmente von zum Theil unbekannten Juriſten, die ſich ſämmtlich in der Bonner Ausgabe des corpus juris rom. antej. und in der S. 71. Not. 1. erwähnten Ausgabe des Ulpian von Böcking finden.

Viele dieſer juriſtiſchen Werke kennen wir nur aus Umarbeitungen, z. B. die receptae sententiae von Julius Paulus nur aus der weſtgothiſchen Bearbeitung im breviarium Alaricianum, oder aus Auszügen, die ſpäterhin daraus gemacht ſind, beſonders in Juſtinian's Pandekten.

Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est, jura condere. Quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id, quod ita sentiunt, legis vicem obtinet; si vero dissentiunt, judici licet, quam velit sententiam sequi. Idque rescripto Divi Hadriani significatur. Gai. Comm. I. §. 7.

Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum erat, de jure respondere. Nam antiquitus constitutum erat, ut essent, qui jura publice interpretarentur, quibus a Caesare jus respondendi datum est, qui jurisconsulti appellabantur. Quorum omnium sententiae et opiniones eam auctoritatem tenebant, ut judici recedere a responsis non liceret; ut est constitutum. §. 8. Inst. I, 2. de jure nat.

Et, ut obiter sciamus, ante tempora Augusti publice respondendi jus non a principibus dabatur, sed, qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant. Neque responsa utique signata dabant, sed plerumque judicibus ipsi scribebant, aut testabantur, qui illos consulebant. Primus divus Augustus, ut major juris auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate ejus responderent, et ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit. Et ideo optimus princeps Hadrianus, cum ab

---

[1]) Es iſt dieſer ſ. g weſtgothiſche Gaius neu herausgegeben, in fortlaufender Vergleichung mit dem ächten Gaius, von Ed. Böcking. Bonn. 1831. 4. (als integrirendet Theil des Bonner corpus juris.)

[2]) Die neueſten Ausgaben von Ed. Böcking. Bonn. 1831. und von Th. Mommſen. Leipzig. 1853. 4.

eo viri praetorii peterent, ut sibi liceret respondere, rescripsit eis, hoc non peti, sed praestari solere, et ideo, si quis fiduciam sui haberet, delectari se, populo ad respondendum se praepararet. Pompon. in fr. 2. §. 47. D. I, 2. de orig. jur.

Vierte Periode.

Von Constantin bis auf Justinian.

§. 27.

Politische Veränderungen im römischen Reiche.

Constantin's Regierung zeichnet sich aus durch mehrfache politische Ereignisse, die auch auf den Rechtszustand bedeutend zurückwirkten.

Denn unter ihm wurde der Grund gelegt zu mancherlei sehr durchgreifenden neuen Einrichtungen im römischen Staate, von welchen die meisten zwar wohlgemeint, zum Theil sogar durch das gesunkene Zeitalter geboten, auch wirklich damals, ihrem Erfolge nach, wohlthätig waren, welche aber doch, wenigstens in ihrer späteren Richtung unter Constantin's Nachfolgern, zur entschiedensten Regierungswillkühr geführt haben.

Hervorzuheben ist die Trennung der bisher vereinigt gewesenen Civil- und Militärämterverfassung. Damit hing zusammen die Ausbildung eines scharf gegliederten Beamtenstandes, der Civil-, Militär- und Hofämter, und der darauf gebauten Standesunterschiede, dignitates, mit ihrem zahlreichen Dienstpersonale, officia.

Es wurde ferner von Constantin's Söhnen der Grund gelegt zu der bald darauf erfolgenden, völligen Scheidung des Reiches in den occidentalischen und orientalischen Theil, unter zwei verschiedenen Hauptstädten, Rom und Constantinopel. Eine Zeit lang bestanden nun zwar beide römische Reiche, durch gewisse politische Einrichtungen noch immer mit einander verbunden, neben einander fort. Aber, besonders seit Valentinian III, begannen germanische Völkerschaften sich auf das occidentalische römische Reich zu werfen und einen Theil desselben nach dem anderen zu erobern. Nachdem so dasselbe längst zu einem bloßen Spielballe der Eroberer geworden, machten letztere ihm im Jahre

476 nach Chr., auch dem Namen nach, ein Ende. So wurde gerade Rom und Italien, das ursprüngliche Vaterland des römischen Rechtes, von dem noch im Oriente fortbestehenden römisch-griechischen Reiche losgerissen. Nothwendig mußte dadurch das römische Recht, in ein, seinen Hauptbestandtheilen nach, griechisches Land versetzt, schon durch die Sprache seiner Quellen dem dortigen Volke immer mehr entfremdet werden und dadurch einen großen Theil der Eigenthümlichkeit, welche gerade mit dem Geiste der Nation und ihrer Sprache so genau zusammenhing, verlieren.

In anderer Beziehung war sehr folgenreich der Umstand, daß von Constantin die christliche Religion zur Staatsreligion erhoben und dadurch ein neues, als solches oft nicht genug gewürdigtes, Element in das römische Staats- und Rechtsleben hineingetragen wurde.

§. 28.

Zustand des Rechtes und seiner Quellen im Allgemeinen.

Das römische Recht, welches schon gegen das Ende der vorigen Periode zu sinken begonnen, theilte jetzt immer sichtbarer und rascher das Schicksal des allgemeinen, besonders durch die Despotie herbeigeführten Culturverfalles. Die daraus hervorgehende Verwirrung des Rechtszustandes ergiebt sich am einfachsten aus einer kurzen Prüfung der jetzigen Rechtsquellen und der sich ihrer Benutzung entgegenstellenden Schwierigkeiten.

Von den früheren Rechtsquellen kam zwar insofern keine einzige geradezu außer Gebrauch, als ihre bisherigen Resultate noch immer formell und materiell praktische Gültigkeit fortbehielten. Wohl aber hatten die meisten und bisher ergiebigsten schon längst aufgehört, für die Zukunft, neues Recht erzeugend, noch ferner zu fließen.

So die edicta magistratuum, indem die jetzigen, ihrer ganzen Stellung nach veränderten magistratus juri dicundo, die überhaupt längst nicht mehr magistratus populi, sondern kaiserliche Beamte waren, ihre Amtsinstructionen unmittelbar vom Kaiser aus dem Cabinete erhielten. Ja, die Hauptaufgabe des prätorischen Wirkens, das Verhältniß des strictum jus zum aequum jus zu bestimmen, hatte Kaiser Constantin ausdrücklich den Recht sprechenden Behör-

den entzogen. Denn er verordnete, daß in allen Processen, in welchen über die Grenzen der interpretatio und darüber, inwieweit, aus Gründen der aequitas, von dem strictum jus abgewichen werden solle, Zweifel entstehen, der Richter sich aller eigenen Entscheidung zu enthalten und vielmehr deßhalb berichtlich unmittelbar bei dem Kaiser anzufragen habe.

Eben so verloren sich die responsa prudentium. Denn, obgleich es noch immer prudentes in einem gewissen Sinne gab, so hörte doch ihr bisheriges Wirken, mit seinem eigenthümlichen, wohlthätigen Einflusse auf die Fortbildung des Rechtes, zum großen Theil ganz auf. Von ächt wissenschaftlichen, selbstständigen Forschungen und Fortbildungen des Rechtes durch Schriften und Doctrin konnte, nach dem ganzen damaligen Zustande der Jurisprudenz, nicht mehr die Rede sein. Das Respondiren in der oben angegebenen, privilegirten Weise wurde jetzt unmittelbar vom Kaiser selbst, in Form von Rescripten, ausgeübt.

Um so natürlicher und nothwendiger erweiterte sich der Wirkungskreis der kaiserlichen Constitutionen, weil in der That jetzt alle weitere Rechtsbildung auf dem Wege des jus scriptum lediglich in den Händen des Kaisers lag. Nur einige, vom Kaiser ganz abhängige Beamte, namentlich die Praefecti praetorio, hatten die Macht, gesetzähnliche Verordnungen zu erlassen, jedoch mit einer doppelten Beschränkung. Denn theils durfte dadurch kein kaiserliches Gesetz abgeändert werden, theils hatten die von den Präfecten erlassenen Verordnungen lediglich in ihrer Präfectur, also nur eine particularrechtliche Gültigkeit. Gerade deßhalb nahmen die Constitutionen, seit Constantin, immer häufiger den Charakter wahrer leges edictales an, während sie früher mehr blos in Form von Rescripten, oder Decreten erlassen worden waren. Auch ist nicht zu verkennen, daß von jetzt an die kaiserlichen Verordnungen, sowohl in ihrer oft schlechten, weitschweifigen Formfassung, als auch in ihrem nicht selten höchst willkürlichen Inhalte, von dem Sinken des Rechtszustandes zeugen.

Daß sich immer daneben noch eigentliches Gewohnheitsrecht bildete, läßt sich wohl nicht bezweifeln. Allein es scheint dasselbe jetzt mehr den Charakter von bloßen Provinzial- oder noch localeren Gewohnheiten angenommen zu haben, da es an einem

eigentlichen Volksleben, in rechtlicher Beziehung, und an einem Mittelpunkte desselben fast gänzlich mangelte.

Es lag endlich in den damaligen politischen Verhältnissen des Reiches, daß das römische Recht allmählig seine früherhin so scharf ausgeprägte Nationalität verlor, und daß eine gewisse Richtung zum Allgemeinen, sich allen Nationalitäten gleichmäßig Anschmiegenden, welche schon mit der Aufnahme des jus gentium in das positive Recht begonnen hatte, immer überwiegender hervortrat. Gerade diese Richtung der damaligen Quellen des geschriebenen Rechtes mochte das Bedürfniß particularer Rechtsgewohnheiten in einzelnen Districten, oder Provinzen, wie sie dort besondere Verhältnisse nothwendig zu machen schienen, fühlbar werden lassen. Nur freilich kennen wir davon nur wenige, indem viele derselben späterhin nicht mit aufgezeichnet und in die Rechtsbücher aufgenommen worden sind.

Inter aequitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet, et licet inspicere. Constantinus in c. 1. C. I, 14. de legib.

— In praesenti leges condere soli imperatori concessum est, et leges interpretari solo dignum imperio esse oportet. Justinianus in c. 12. C. eod.

§. 29.

Das sogenannte Citirgesetz Valentinian's III.

Außer den kaiserlichen Constitutionen, als der Hauptquelle des neuesten Rechtes, galten zwar noch, dem Namen nach, alle älteren, früheren Rechtsquellen fort, die leges duodecim tabularum, die leges populi, plebiscita, senatusconsulta, edicta magistratuum etc. Allein schon längst hatte man sich entwöhnt, unmittelbar aus diesen Quellen selbst zu schöpfen. Man benutzte sie nur mittelbar in derjenigen Verarbeitung und vereinfachten Gestalt, welche sie in den Schriften der wissenschaftlich gebildeten jurisconsulti aus der vorigen Periode erhalten.

Aber selbst in dieser Verarbeitung waren die damaligen Richter und praktischen Juristen nicht im Stande, das allerdings immer noch schwer zu übersehende, weitläuftige Rechtsmaterial zu beherrschen.

Die Hauptschwierigkeit, mit welcher dieselben bei der Rechtsprechung zu kämpfen hatten, lag vorerst in der großen Masse von juristischen Werken, welche sie alle neben einander benutzen sollten,

und wodurch die Uebersicht des geltenden Rechtes erschwert wurde. Sodann, und wohl ganz besonders, in den vielen Meinungsverschiedenheiten, welche sich oft über die wichtigsten Rechtsfragen in den Schriften jener älteren Juristen vorfanden. Es sollten nun freilich die Richter, nach Hadrian's Vorschrift, unter diesen verschiedenen Ansichten, opiniones, wählen, und sich nach eigener Prüfung mit Gründen für eine derselben aussprechen. S. oben §. 26. Allein der Aufgabe einer solchen selbstständigen, freien Prüfung waren die damaligen Juristen, in welchen schon der wahre wissenschaftliche Sinn erstorben war, nicht mehr gewachsen. Daher suchten sie ängstlich nach gewissen, der Zahl und dem Namen nach bestimmten, schon vom Gesetze gegebenen, äußeren Auctoritäten, auf welche sie sich, bei vorkommenden Meinungsverschiedenheiten, ohne weiteres berufen und dadurch sich aller eigenen Prüfung entschlagen könnten. Schon Constantin scheint den Plan gehabt zu haben, diesem in der That dringenden Zeitbedürfnisse durch gewisse Rechtssammlungen abzuhelfen. Aber, wieweit und auf welche Art er ihn auszuführen beabsichtigt hat, ist, bei der Mangelhaftigkeit unserer Rechtsquellen darüber, nicht recht klar. [1])

Erst Theodosius II. und Valentinian III. thaten zu diesem Zwecke einen entscheidenden Schritt, durch diejenige Verordnung aus dem Jahre 426, welche man heut zu Tage das Citirgesetz zu nennen pflegt. Es war dieses im Grunde nur eine Erweiterung und Vollendung derjenigen Maaßregel, welche schon Hadrian angefangen hatte, um den Rechtscontroversen in der Praxis nicht zu vielen Spielraum zu lassen. Es sollten nämlich nicht blos die übereinstimmenden responsa und sententiae derjenigen prudentes, die das jus respondendi gehabt, sondern auch alle juristischen Werke, scripta universa, von folgenden fünf jurisconsulti aus der vorigen Periode, von Aemilius Papinianus, Julius Paulus, Gaius, Domitius Ulpianus und Herennius Modestinus, förmlich Gesetzeskraft haben. Nur die Noten des Paulus und Ulpianus zu Papinian's Schriften sollten (wie schon früher Constantin in einem anderen Zusammenhange bestimmt hatte)

[1]) Die beiden neu aufgefundenen Constitutionen, c. 1. et 2. Cod. Theod. I, 4. de responsis prudent., beziehen sich darauf, lassen aber den Plan des Ganzen nicht übersehen.

keine gesetzliche Geltung haben. Was die Schriften, tractatus, sententiae, der übrigen Juristen betrifft, so sollen sie eine solche Geltung nur so weit haben, als sie in den Schriften jener genannten fünf mit citirt worden sind. Zugleich wurde bestimmt, daß die Schriften aller jener Juristen, welche zum Theil schon durch ihr Alter zweifelhaft geworden sein mochten, vorher durch Vergleichung der Handschriften, ihrem Texte, unter Umständen wohl auch ihrer Authenticität nach, erst revidirt werden sollten. Sind nun die so mit Gesetzesauctorität für ihre Schriften versehenen Juristen selber unter sich verschiedener Ansichten, so entscheidet unter ihnen Stimmenmehrheit, bei etwa vorkommender Gleichheit der Stimmen, Papinian's Ausspruch, und nur wo in einem solchen Falle Papinian sich nicht bestimmt erklärt hat, nur da soll der Richter selbstständig prüfen, und nach wissenschaftlichen Gründen sich selber für eine der Ansichten erklären.

Papiniani, Pauli, Gaii, Ulpiani atque Modestini scripta universa firmamus, ita ut Gaium, quae Paulum, Ulpianum et cunctos comitetur auctoritas, lectionesque ex omni ejus opere recitentur. Eorum quoque scientiam, quorum tractatus atque sententias praedicti omnes suis operibus miscuerunt, ratam esse censemus, ut Scaevolae, Sabini, Juliani atque Marcelli, omniumque, quos illic celebrarunt, si tamen eorum libri, propter antiquitatis incertum, codicum collatione firmentur. Ubi autem diversae sententiae proferuntur, potior numerus vincat auctorum, vel, si numerus aequalis sit, ejus partis praecedat auctoritas, in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat, qui, ut singulos vincit, ita cedit duobus. Notas etiam Pauli atque Ulpiani in Papiniani corpus factas (sicut dudum statutum est) praecipimus infirmari. Ubi autem pares eorum sententiae recitantur, quorum par censetur auctoritas, quod sequi debeat, eligat moderatio judicantis. Pauli quoque sententias semper valere praecipimus. Theodos. et Valentin. in c. un. Cod. Theod. I, 4. de resp. prud.

§. 30.

Die codices constitutionum.

Leichter war abzuhelfen einem anderen Zeitbedürfnisse, welches in der Schwierigkeit bestand, die große Masse der vielen zerstreuten kaiserlichen Constitutionen, worin das neuere Civilrecht enthalten war, und welche großentheils gar nie publicirt worden, zu übersehen. Denn hier lag die Idee von Sammlungen, codices constitutionum, sehr nahe. Anfangs behalf man sich

mit Privatsammlungen, unter welchen zwar wohl nicht die einzige, aber doch die gangbarste, die von einem, uns sonst unbekannten Gregorianus besorgte war. Es bestand dieser Gregorianus codex, auch corpus Gregoriani genannt, aus nicht völlig genau zu bestimmender Zeit, auf keinen Fall aber vor dem Anfange des vierten Jahrhunderts, meist aus Rescripten seit Septimius Severus bis auf Diocletian und Maximian. An ihn schloß sich an eine zweite Privatsammlung von Hermogenianus, Hermogenianus codex, auch corpus Hermogeniani genannt, ebenfalls aus nicht genau zu bestimmender Zeit, doch, wie es scheint, aus der letzten Hälfte des vierten Jahrhunderts. Sie enthielt, als Nachtrag zu jenem Gregorianischen Codex, Constitutionen besonders der Kaiser Diocletian und Maximian.[1]) Später aber veranstaltete Theodosius II. unter öffentlicher Auctorität eine neue Constitutionensammlung, welche im Jahre 438 nach Chr. publicirt wurde. Dieser Theodosianus codex ist zwar, seinem Umfange nach, umfassender, als die beiden oben erwähnten, war aber doch nicht dazu bestimmt, alle kaiserlichen Constitutionen in sich aufzunehmen, sondern sollte nur die Gregorianische und Hermogenianische Sammlung, welche daher auch daneben im Gebrauche blieben, ergänzen. Denn er geht, seiner Anlage nach, in chronologischer Reihenfolge, nur bis auf Constantin zurück und enthält größtentheils Edicte. Eingetheilt ist er in sechzehn Bücher, welche in Titel zerfallen. Er hat sich, obwohl nicht ganz vollständig, bis auf unsere Zeiten erhalten.[2]) Uebrigens bezieht sich auf den theodosianischen Codex der Sprachgebrauch, wonach die später erlassenen, und darum in der bereits geschlossenen theodosischen Sammlung nicht mit enthaltenen Constitutionen den Namen novellae constitutiones erhielten.[3]) Auch von ihnen, namentlich

[1]) Beide Sammlungen finden sich bei Schulting Jurispr. vet. antej. p. 683—718. und in der von Hugo besorgten Berliner Ausgabe vorjustinianeischen Rechtes tom. I. p. 265 sqq. Die neueste kritische Ausgabe ist von G. Hänel. Bonn, 1837, im zweiten Theile des Bonner Corp. jur. civ. antej.

[2]) Hervorzuheben ist die mit einem trefflichen Commentare versehene Ausgabe von Jacobus Gothofredus, späterhin noch verbessert und vermehrt von Daniel Ritter. Lips. 1736—1743. fol. tom. I—VI. Auch findet sich der theodosianische Codex in der Berliner Ausgabe des vorjust. Rechtes tom. I. p. 175 sqq. Eine neue kritische Ausgabe ist von G. Hänel im Bonner Corp. jur civ. antej. 1842.

[3]) Kritische Ausgabe derselben von G. Hänel. Bonn, 1844.

von den Novellen von Theodos selbst, von Valentinian III., von Martian, Majorian, Severus und Anthemius, wurden späterhin besondere Sammlungen veranstaltet. Sie finden sich, soweit wir sie noch haben, in den Ausgaben des theodosianischen Codex.

Nicht recht klar ist es, welche Bewandtniß es eigentlich mit derjenigen Sammlung hat, die erst in der neueren Zeit, in einem codex rescriptus der vaticanischen Bibliothek, aufgefunden und jetzt unter dem Namen: fragmenta vaticana bekannt ist.[1] Sie rührt wahrscheinlich her aus der ersten Hälfte des fünften Jahrhunderts und enthält Bruchstücke, theils aus den juristischen Werken von Papinian, Paulus und Ulpian, theils aus kaiserlichen Constitutionen bis auf Valentinian, Valens und Gratian. Sie sucht also gewissermaaßen beide Hauptquellen des damaligen römischen Rechtes mit einander zu verbinden.

Ad similitudinem Gregoriani atque Hermogeniani codicis cunctas colligi constitutiones decernimus, quas Constantinus inclytus et post eum divi principes nosque tulimus, edictorum viribus aut sacra generalitate subnixas. Const. 5. Cod. Theod. I, 1. de constit. princip.

§. 31.

Juristische Schriften anderer Art.

Noch verdienen aus dieser Zeit, namentlich aus dem fünften Jahrhunderte, oder dem Anfange des sechsten, als in anderer Beziehung für die damalige römische Jurisprudenz nicht unwichtig, folgende Schriften hervorgehoben zu werden. 1) Die notitia dignitatum utriusque imperii, eine für die Kenntniß der damaligen Verfassung des römisch-griechischen Reiches sehr wichtige Uebersicht, theils des damaligen Reichsgebietes, theils der zu jener Zeit im römischen Staate vorkommenden Civil- und Kriegsämter.[2] 2) Die consultatio de pactis veteris jurisconsulti, eine von einem unbekannten Juristen veranstaltete Sammlung mehrerer Rechtsgutachten über Verträge.[3] 3) Die collatio legum mosaicarum et romanarum, eine vergleichende Zusammenstellung des römischen und mosai-

[1] Herausgegeben von Buchholz. Königsb. 1828 und von Bethmann-Hollweg. Bonn, 1833. 8. Auch im Bonner Corp. jur. civ. antej.

[2] Die neueste kritische Ausgabe ist von Böcking. Bonn, 1839.

[3] Die neueste kritische Ausgabe ist von Puggé. Bonn, 1835.

ſchen Rechtes,[1]) in ſechzehn Titeln, ebenfalls von einem Unbekannten. Endlich 4) drei Bücher von Joannes Lydus: περὶ ἀρχῶν τῆς Ρωμαίων πολιτείας.[2])

§. 32.

Juſtinian's Regierung und Plan zu einer durchgreifenden Reform des von ihm vorgefundenen Rechtszuſtandes.

In dem angegebenen Zuſtande blieb nun das römiſche Recht eine geraume Zeit bis auf den Kaiſer Juſtinian, Flavius Justinianus, während das Reich ſelbſt immer mehr, nach Außen ſowohl, als im Inneren, verfiel.

Juſtinian's[3]) lange Regierung, vom Jahre 527 bis 565 nach Chr., ſchon in anderer politiſcher Beziehung nicht unwichtig, indem es ihm gelang, wenigſtens theilweiſe durch kräftige Maaßregeln das Reich nach Außen hin wieder zu ſichern, iſt beſonders berühmt geworden durch die totale durchgreifende Reform, welcher er den ganzen damaligen Rechtszuſtand unterwarf. Er hat nämlich nicht blos durch eine große Menge Conſtitutionen viele bedeutende Aenderungen in den einzelnen Rechtsinſtituten vorgenommen, ſondern auch den Plan, welcher ſchon Theodoſius II. vorgeſchwebt zu haben ſcheint, das geſammte vorhandene Rechtsmaterial, durch zweckmäßige Verarbeitung, in einige wenige, aber umfaſſende und erſchöpfende Sammlungen zuſammenzudrängen, wirklich ausgeführt.

Sowohl die ganze verſtändige Anlage des Planes ſelbſt, über welchen die Publicationspatente zu den einzelnen Rechtsſammlungen beſtimmte Auskunft geben, als auch die zweckmäßige Art ſeiner Ausführung, zeugt von einer nicht gewöhnlichen Umſicht und richtigen Würdigung der damaligen Zeitbedürfniſſe. Wenn daher auch, von einem anderen Standpunkte aus betrachtet, Juſtinian's Rechtsſammlungen manchem Tadel unterliegen mögen, ſo darf doch eine gerechte Beurtheilung derſelben nur von dem rein geſchichtlichen Standpunkte des damaligen Zeitalters, ſeiner Bedürfniſſe und Kräfte ausgehen.

[1]) Die neueſte kritiſche Ausgabe iſt von Blume. Bonn, 1833.

[2]) Ausg. von Fuſſ. Par. 1812, und von Imm. Bekker. Bonn, 1837.

[3]) Eine ſehr weitläuftige Lebensbeſchreibung dieſes Kaiſers hat geliefert J. P. de Ludewig. Vita Justiniani magni atque Theodorae, nec non Tribonіani. Hal. 1734. 4.

Wie viel in dieser Beziehung geleistet worden ist, beweist besonders eine unbefangene Vergleichung der Justinianeischen Rechtssammlungen mit einigen anderen Compilationen des römischen Rechtes, welche fast zu derselben Zeit, zu Anfang des sechsten Jahrhunderts nach Chr., für die unter der Herrschaft germanischer Volksstämme lebenden Römer, abgefaßt worden sind. Man nannte eine Sammlung der Art damals lex romana, im Gegensatze der aufgezeichneten Volksrechte der germanischen Volksstämme, der leges barbarorum. Es gehört dahin vorerst bei den Ostgothen unter Theodorich das s. g. edictum Theodorici regis (Ostrogothorum), in 154 Capiteln, außer dem Prologus und Epilogus (500 n. Chr.). Ferner bei den Westgothen unter Alarich II. die lex romana Visigothorum (606 nach Chr.). Der Name breviarium Alaricianum s. Aniani, auch breviarium schlechtweg, ist erst seit dem sechzehnten Jahrhunderte dafür aufgekommen. Endlich bei den Burgundionen die aus 47 Titeln bestehende lex romana Burgundionum, zwischen 517 und 534 nach Chr. Der später, besonders seit Cujacius gewöhnlich gewordene Name Papiani responsorum liber beruht auf einem Irrthume. Alle diese Sammlungen des römischen Rechtes[1]) stehen, sowohl in Rücksicht der Anlage des ganzen Planes, als der Art der Ausführung, bedeutend an Werth hinter den im römisch-griechischen Reiche zu Stande gekommenen zurück.

Justinian's Plan war nun im Allgemeinen der, durch zwei große, erschöpfende Rechtssammlungen, codices, die eine für das noch brauchbare ältere s. g. Juristenrecht, die andere für das kaiserliche Constitutionenrecht, theils das bisherige, sehr weitläuftige und deßhalb schwer zu übersehende Rechtsmaterial möglichst zu concentriren, theils, durch sorgfältige Ausscheidung alles wirklich und ganz Veralteten, so wie durch Ausgleichung aller der vielen bisherigen Widersprüche im Rechtsmateriale, dem Richter die praktische Anwendung des Rechtes zu erleichtern. Zur Ab-

[1]) Sie finden sich in Schulting jurispr. vet. antej. p. 827 sqq. und in der Berliner Ausgabe des vorjust. Rechtes tom. II. p. 1499 sqq. Eine besondere Ausgabe des edictum Theod. hat G. F. Rohn (Halle. 1816. 4.) und der Burgundischen lex A. F. Barkow (Greifswalde, 1826. 8.) besorgt. Die neueste Separatausgabe der lex romana hat besorgt G. Hänel 1849.

fassung, Redigirung dieser Gesetzbücher setzte er besondere Gesetzgebungscommissionen nieder, welche sehr passend aus praktischen Geschäftsmännern und aus Theoretikern, Rechtslehrern, — tam ex facundissimis antecessoribus, quam ex viris disertissimis togatis fori amplissimae sedis — zusammengesetzt waren, damit, gerade durch diese Verbindung, Theorie und Praxis sich gegenseitig unterstützen könnten. Auch ertheilte er ihnen höchst verständige Instructionen. Besonders thätig dabei war Tribonianus, ein für die damalige Zeit sehr gebildeter Geschäftsmann und einer der ersten Beamten im Reiche. Es ist nicht unwahrscheinlich, daß von diesem Tribonian auch die ganze Idee zu der von Justinian unternommenen Rechtsreform ausgegangen ist.

Homines etenim, qui antea lites agebant, licet multae leges fuerant positae, tamen ex paucis lites perferebant, vel propter inopiam librorum, quos comparare eis impossibile erat, vel propter ipsam inscitiam, et voluntate judicum magis, quam legitima auctoritate lites dirimebantur. Justinianus c. 2. §. 17. C. I, 17. de vetere jure enucleando.

§. 33.

Die Abfassung des codex constitutionum insbesondere.

Den Anfang machte Justinian mit dem allerdings leichteren Theile der beschlossenen legislativen Arbeit, dem schon durch die früheren ähnlichen Versuche, den codex Gregorianus, Hermogenianus und Theodosianus sehr vorgearbeitet war. Das war der codex constitutionum, eine erschöpfende Sammlung der kaiserlichen Constitutionen. Darin sollten, ohne Unterschied ihrer Form, namentlich ohne Unterschied zwischen Rescripten und Edicten, alle noch brauchbare kaiserliche Constitutionen aus der älteren, neueren und neuesten Zeit, sie mochten nun bisher schon gesammelt gewesen sein, oder nicht, aufgenommen, namentlich die schon zeither bestandenen früheren Sammlungen, wie der Gregorianische, Hermogenianische und Theodosische Codex, nebst den späteren Novellensammlungen, überflüssig gemacht und außer Gebrauch gesetzt werden. Die zu der Abfassung im Jahre 528 nach Chr. niedergesetzte Commission bestand aus zehn Personen, unter welchen schon Tribonianus und Theophilus genannt werden. An der Spitze der Commission stand Joannes, exquaestor sacri palatii. Sie

erhielt eine sehr freie Vollmacht, nöthigenfalls selbst Aenderungen dabei vorzunehmen, um Alles in Einklang mit einander zu bringen. Schon in dem folgenden Jahre (529) wurde die Arbeit vollendet und das Gesetzbuch in der Art publicirt, daß es vom 16. April d. J. an Gesetzeskraft erhalten sollte.

Indessen blieb dieser Constitutionencodex nicht lange im Gebrauche. Denn schon wenige Jahre später, nachdem die übrigen Rechtsbücher, die sich an die Constitutionensammlung ergänzend anschließen sollten, die Pandekten und Institutionen, schon publicirt worden, im Jahre 534, setzte Justinian eine neue Commission von vier Rechtskundigen, Dorotheus, Menna, Constantinus und Joannes, unter der Leitung von Tribonianus, nieder, mit dem Auftrage, den Constitutionencodex nochmals zu revidiren. Namentlich sollten bei dieser Gelegenheit die mancherlei, in der Zwischenzeit seit 529 vom Kaiser erlassenen neuen Constitutionen, novellae constitutiones, noch mit eingeschaltet und überhaupt auch sonst, nach mancher anderen Seite hin, der Codex mit den Pandekten mehr in Einklang gebracht werden. Besonders wichtig sind in dieser Beziehung die s. g. quinquaginta decisiones, wodurch Justinian eine Reihe von praktischen Controversen der älteren Juristen, welche, bei der zu redigirenden Sammlung des älteren römischen Rechtes, als verwirrend zur Sprache gekommen waren, entschieden hatte. Die meisten derselben fallen in die Jahre 529 und 530, und sie bildeten ursprünglich eine eigene, selbstständige Sammlung für sich, Liber quinquaginta decisionum, welche sich jedoch, aus leicht zu erklärenden Gründen, als solche, nicht erhalten hat. Sonst nahm man an, daß alle diese Controversen mit den verschiedenen Ansichten der Proculejaner und Sabinianer zusammenhingen. Allein das gilt nur von einigen derselben. Dieser neue Codex, von seiner Revision codex repetitae praelectionis, im Gegensatze des vetus codex, genannt, wurde noch in demselben Jahre (534) fertig und publicirt. Schon bei der Publication des ersten Constitutionencodex war von da an der Gebrauch aller anderen früheren Consttitutionensammlungen vor Gericht streng untersagt worden, indem, um Verwirrung zu vermeiden, nur diese Eine gelten sollte. Aus demselben Grunde wurde, bei der Publication des codex repetitae praele-

ctionis, die ältere Ausgabe gänzlich cassirt, was die Folge gehabt hat, daß sie nicht auf unsere Zeit gekommen ist.

Seiner inneren Form und Einrichtung nach, zerfällt der Constitutionencodex in 12 Bücher, jedes Buch in Titel, und jeder Titel besteht aus einer größeren, oder geringeren Anzahl theils ganzer, theils verstümmelter kaiserlicher Constitutionen, von denen die älteste von Hadrian ist, in chronologischer Reihenfolge. In dieser Form sind nun die einzelnen Rechtslehren materienweise abgehandelt, und dabei ist diejenige Ordnung befolgt, welche damals den Praktikern die geläufigste gewesen zu sein scheint, die Ordnung des prätorischen Edictes, deren leitende Grundsätze und inneren Zusammenhang wir jedoch leider nicht überall nachzuweisen im Stande sind. Jede einzelne Constitution trägt den Namen des Kaisers, von welchem sie herrührt, an der Spitze, so wie den Namen derjenigen Person, an welche sie als Rescript, oder Amtsinstruction gerichtet, oder als Edict, zum Zwecke der zu veranstaltenden förmlichen Publication, zugesendet worden ist, inscriptio. Am Ende ist das Datum und das Jahr bemerkt, subscriptio. Die jetzt gewöhnliche, weitere Eintheilung der größeren, umfangreicheren Constitutionen in ein principium und in numerirte Paragraphen ist erst späteren Ursprunges.

Wohl als ein bloßes Versehen der Redaction, was sich aus der successiven Entstehung der verschiedenen Rechtsbücher Justinian's erklärt, ist es zu betrachten, daß in dem neuen Codex einige Constitutionen weggelassen worden sind, die nicht blos in dem älteren Codex standen, sondern auf welche sogar in den Institutionen, als im Codex stehend, verwiesen wird.

Haec, quae necessario corrigenda esse multis retro principibus visa sunt, interea tamen nullus eorum ad effectum ducere ausus est, in praesenti rebus donare communibus auxilio Dei omnipotentis censuimus, et prolixitatem litium amputare; multitudine quidem constitutionum, quae tribus codicibus, Gregoriano, Hermogeniano atque Theodosiano, continebantur, illarum etiam, quae post eosdem codices a Theodosio divinae recordationis, aliisque post eum retro principibus et a nostra etiam clementia positae sunt, resecanda, uno autem codice sub felici nostri numinis vocabulo componendo, in quem colligi tam memoratorum trium codicum, quam novellas post eos positas constitutiones oportet.

Ideoque ad hoc — opus efficiendum elegimus — Joannem — Leontium — Phocam — Basilidem — Thomam — Tribonianum — Constantinum — Theophilum — Dios-

corum et Praesentinum. — Quibus specialiter permisimus, resecatis tam supervacuis, quantum ad legum soliditatem pertinet, praefationibus, quam similibus et contrariis, praeterquam si juris aliqua divisione adjuventur, illis etiam, quae in desuetudinem abierunt, certas et brevi sermone conscriptas, ex iisdem tribus codicibus et novellis constitutionibus leges componere et congruis titulis subdere, adjicientes quidem et detrahentes, immo et mutantes verba earum, ubi hoc rei commoditas exigeret; colligentes vero in unam sanctionem, quae in variis constitutionibus dispersa sunt, et sensum earum clariorem efficientes, ita tamen, ut ordo temporum earum constitutionum non solum ex adjectis diebus consulibusque, sed etiam ex ipsa compositione earum clarescat, — nullaque dubietate super generali earum robore ex hoc oriunda, sicut et illas vim generalis constitutionis obtinere palam est, quae ad certas personas rescriptae, vel per pragmaticam sanctionem ab initio datae, eidem novo codici propter utilitatem sanctionis insertae fuerunt. Justinianus in const. Haec quae necessario, de novo codice faciendo.

Postea vero, quum vetus jus considerandum recepimus, tam quinquaginta decisiones fecimus, quam alias ad commodum propositi operis pertinentes plurimas constitutiones promulgavimus, quibus maximus antiquarum legum articulus emendatus et coarctatus est.

Quum novellae nostrae, tam decisiones, quam constitutiones, quae post nostri codicis confectionem latae sunt, extra corpus ejusdem codicis divagabantur, et nostram providentiam nostrumque consilium exigere videbantur, quippe quum earum quaedam ex emersis postea factis aliquam meliorem consilio permutationem, vel emendationem desiderabant, necessarium nobis visum est, — — easdem constitutiones nostras decerpere et in singula discretas capitula, et perfectarum constitutionum soliditatem competentibus supponere titulis et prioribus constitutionibus eas aggregare. Justinianus in const. Cordi, de emendat. codic. §. 2.

— Quum nemini venit in dubium, quod repetita praelectio probavit, hoc satis validum satisque esse formosum. In antiquis enim libris non solum primas editiones, sed etiam secundas, quas repetitas praelectiones veteres nominabant, subsecutas esse, invenimus; quod ex libris Ulpiani, viri prudentissimi, ad Sabinum scriptis promptum erat quaerentibus reperire. Justinianus eod §. 3.

§. 34.

Die Abfaſſung der Pandekten.

Das zweite große Hauptwerk im Plane Juſtinian's waren die Pandekten. Sie ſollten ſich nämlich, als Sammlung des, in den vielen kleineren und größeren Werken der Juriſten

aus der Blüthezeit der römischen Jurisprudenz enthaltenen, älteren Rechtes, soweit es noch praktisch galt und zeitgemäß erschien, ergänzend und vervollständigend an den Constitutionencodex anschließen.

Im Jahre 530 wurde zu diesem Zwecke Tribonian beauftragt, eine neue Gesetzgebungscommission, bestehend aus sechzehn von ihm zu erwählenden Rechtsgelehrten, unter seinem eigenen Vorsitze, zu bilden. Die Namen jener Mitglieder sind: Constantinus, Dorotheus, Theophilus, Anatolius, Cratinus, Stephanus, Menna, Prosdocius, Eutolmius, Timotheus, Leonidas, Leontius, Plato, Jacobus, Constantinus, Joannes. Diese Gesetzgebungscommission hatte nun freilich schon an sich eine weit schwierigere Aufgabe zu lösen, als die der Constitutionensammlung gewesen war; besonders darum, weil hier gar nichts vorgearbeitet war, und kein früheres Musterbild vorlag. Zwar war der Gedanke, den älteren juristischen Schriften auch formell gesetzliche Kraft beizulegen, nicht neu, sondern zum Theil schon in dem s. g. Citirgesetze von Valentinian III. ausgeführt.[1]) Doch ging Justinian's Plan, in mehr, als einer Beziehung, viel weiter. Denn, nach der von ihm ertheilten Instruction, sollten nicht blos die Schriften einiger Juristen diese unbedingte Gesetzeskraft erhalten, sondern sämmtliche Schriften aller Juristen, soweit sie seit dem Citirgesetze bisher noch im Gebrauche gewesen. Dabei sollte auch kein Jurist vor dem anderen, in Rücksicht des praktischen Geltens seiner Schriften, einen Vorzug genießen, so wie überhaupt alle sonstigen Beschränkungen des Citirgesetzes wegfielen. Die Hauptaufgabe dabei war aber die, jene Masse juristischer Schriften, auf eine künstliche Weise, ohne im Ganzen ihren ursprünglichen Charakter zu verwischen, durch zweckmäßige Auswahl der einzelnen Stellen daraus, nach einem gewissen Systeme so zu einem Ganzen zu verarbeiten, daß alles Veraltete ausgeschieden bliebe, unnöthige Wiederholungen vermieden und alle darin vorkommende Controversen der Juristen ausgeglichen würden.

Die Gesetzgebungscommission entledigte sich dieses Auftrages dadurch, daß sie die Excerpte aus einer sehr bedeutenden Menge

[1]) Vergl. §. 29.

von 39 verschiedenen Juristen[1]) zu einem großen zusammenhängenden Rechtsbuche zusammenstellte. Sie legte diesem letzteren, nach Justinian's bestimmter Vorschrift, im Allgemeinen die Ordnung des prätorischen Edictes zum Grunde, wodurch es sich zweckmäßig an das, im Constitutionencodex befolgte System anschloß. Die Commission verfuhr dabei mit den zu excerpirenden Originalwerken ziemlich frei, wie das nicht blos schon der Zweck, alles Veraltete auszuscheiden und alle wirklich bisher vorhandenen Controversen beizulegen, nothwendig mit sich brachte, sondern auch die kaiserliche Instruction ausdrücklich gestattete. Daher ist nicht immer getreu excerpirt, sondern Manches absichtlich weggelassen, zugesetzt, oder geändert worden, um Alles zu einem Ganzen in Einklang zu bringen. S. g. Interpolationen, oder emblemata Triboniani.

Es zerfällt übrigens dieses Ganze, wie wieder Justinian selbst ausdrücklich in der ertheilten Instruction vorgeschrieben hatte, in funfzig Bücher. Jedes Buch enthält regelmäßig mehrere Titel, und jeder Titel, welcher eine seinen Inhalt möglichst genau bezeichnende Ueberschrift hat,[2]) besteht aus einer größeren, oder kleineren Anzahl längerer, oder kürzerer Excerpte, mit namentlicher Angabe theils des Juristen, theils des bestimmten Werkes, woraus die Stellen entnommen sind. Aus dieser Grundeinrichtung erklärt sich denn auch die eigenthümliche Form dieses Rechtsbuches, indem darin nicht der Kaiser, als Gesetzgeber, spricht, sondern die einzelnen excerpirten Juristen selbst redend eingeführt

[1]) Der älteste von ihnen ist Q. Mucius Scävola, die jüngsten sind Hermogenianus und Arcad. Charisius. Die übrigen sind: L. Aelius Gallus, P. Alvenus Varus, Antistius Labeo, Sempronius Proculus, P. Juventius Celsus, Neratius Priscus, Javolenus, Aburnus Valens, Salvius Julianus, Sext. Cäcilius Africanus, Terentius Clemens, Junius Mauricianus, Sext. Pomponius, L. Volusius Mäcianus, Claud. Saturninus, Tarruntinus Paternus, Papirius Justus, Q. Cervidius Scävola, Ulpius Marcellus, Gaius, Aem. Papinianus, Q. Sext. Florens Tertullianus, Claud. Tryphoninus, Arrius Menander, Fur. Anthianus, Rutilius Maximus, Venulejus Saturninus, Domitius Ulpianus, Jul. Paulus, Callistratus, Aelius Marcianus, Florentinus, Licinius Rufinus, Aem. Macer, Jul. Aquila, Herennius Modestinus.

[2]) Nur das 30., 31. und 32. Buch machen davon eine Ausnahme, indem sie, ohne in Titel zu zerfallen, nur zusammen die gemeinschaftliche Rubrik: de legatis et fideicommissis haben.

werden. Dabei sind mancherlei kleine Versehen vorgefallen, wie sie, bei einer so großen und in der That höchst schwierigen Arbeit, als sehr verzeihlich erscheinen. Namentlich sind einige dieser Fragmente nicht in diejenigen Titel, wohin sie, ihrem Gegenstande nach, eigentlich gehören, sondern in mehr fremdartige Titel eingetragen worden. S. g. leges fugitivae, s. erraticae. Eben so kommen, vielleicht aber auch nicht immer aus Versehen, sondern zuweilen absichtlich, einige Stellen mehrmals in verschiedenen Titeln vor. S. g. leges geminatae. Die in den jetzigen Ausgaben des corpus juris sich vorfindende, weitere Eintheilung der längeren und umfangreicheren Fragmente in ein principium und in numerirte Paragraphen ist erst viel späteren Ursprunges.

Sämmtliche funfzig Bücher bilden, ebenfalls nach der bestimmten Vorschrift von Justinian selbst, sieben größere Theile, Partes, s. Tractatus, welche zunächst den sieben Haupttheilen des Edictes entsprechen, hier aber noch eine specielle Beziehung hatten, nämlich auf den über den Inhalt der Pandekten, in verschiedenen, genau bestimmten Jahrescursen, zu ertheilenden juristischen Unterricht. Der erste Theil, pars prima, s. πρῶτα, von Buch 1—4 gehend, enthält eine Art von allgemeiner Einleitung, über die Quellen des Rechtes, ferner über Personen als Subjecte, über Sachen, als Objecte der Rechte, und endlich über die Magistratus und deren Geschäftskreise. Der zweite Theil, pars secunda, s. de judiciis, von Buch 5—11 gehend, so benannt von der Ueberschrift des ersten Titels, handelt vom judicium und enthält außerdem die in rem actiones, die lex Aquilia und einige damit verwandte Materien. Der dritte Theil, pars tertia, s. de rebus (creditis), von Buch 12—19 gehend, von der Ueberschrift des ersten Titels so benannt, enthält die Condictionen und Contractsklagen. Der vierte Theil, pars quarta, umbilicus pandectarum, von Buch 20—27 gehend, umfaßt sehr verschiedenartige Lehren, das Pfandrecht, die Zinsen, die Beweismittel, die Ehe und die Vormundschaft. Die pars quinta, von Buch 28—36 gehend, behandelt besonders das testamentarische Erbrecht, nebst Legaten und Fideicommissen, und wird daher oft mit dem Namen de testamentis belegt. Die pars sexta, von Buch 37—44 gehend, enthält, außer der Lehre von der bonorum possessio und Intestaterbfolge, noch sehr verschieden-

artige Lehren. Endlich die pars septima, von Buch 45—50 gehend, enthält wieder eine Menge, scheinbar sehr heterogener Materien, wohin auch das Strafrecht gehört.

Erst in der neuesten Zeit hat Blume aufmerksam gemacht auf die eigenthümliche Methode, welche die Gesetzgebungscommission, bei der Anfertigung, Anordnung und Stellung der Excerpte in jedem einzelnen Titel, befolgt hat.[1]) Es wurden nämlich alle dabei zu benutzende juristische Werke in drei Hauptclassen, oder Massen eingetheilt, von welchen die eine besonders aus den libris ad Sabinum, den Commentaren zu den Hauptwerken des Sabinus, die zweite aus Commentaren zu dem Edicte, die dritte aus Schriften von Papinianus, aber auch noch von anderen Juristen besteht. Eine jede dieser Schriftmassen wurde zunächst an eine der drei Sectionen, in welche die Commission zerfiel, zum Excerpiren überwiesen. Jede dieser Sectionen arbeitete nun anfangs für sich getrennt, und erst nachher traten sie zusammen, um ihre Arbeiten in den gehörigen Einklang zu bringen und zu einem geordneten Ganzen zusammenzustellen, d. h. die einzelnen excerpirten Stellen in diejenigen Titel, wohin sie gehörten, einzureihen. Am meisten benutzt sind die Schriften von Ulpianus, besonders sein Edictscommentar, nächst diesen die von Paulus und Papinianus. Die Stellen aus griechischen Schriften blieben griechisch.

Publicirt als Gesetzbuch wurde die Sammlung am 16. December 533 und erhielt, nach ihrem Zwecke und Inhalte, die verschiedenen Namen: Digesta — Pandectae — Codex juris antiqui enucleati. In Wirksamkeit sollte sie treten mit dem 30. December desselben Jahres. Um Verwirrungen vorzubeugen, verbot Justinian, gleich bei der Publication der Pandekten, von nun an den Gebrauch aller bisher, als selbstständige Werke, in Anwendung gewesenen juristischen Schriften, welche ja eben durch die neue Sammlung überflüssig gemacht werden sollten, sowohl vor Gericht, als auch bei dem juristischen Unterrichte. Eben so verbot er, um der Entstehung neuer Controversen zuvorzukommen, das Schreiben weitläuftiger Commentare über die Pandekten. Nur wörtliche, griechische Uebersetzungen der Pandekten, indices und paratitla, d. h. Angaben von Parallelstellen, mit summarischen Inhaltsanzeigen, wurden gestattet.

[1]) Blume in der Zeitschrift für gesch. Rechtsw. Bd. VI.

Gleichzeitig mit den Pandekten publicirte Justinian eine an die antecessores juris, die Lehrer an den damaligen Rechtsschulen, wie sie besonders zu Constantinopel und zu Berytus in Syrien (nach der damaligen Eintheilung des Staatsterritoriums, in Phönizien), bestanden, gerichtete Verordnung, die Methode betreffend, wie über diese seine neuen Rechtssammlungen der juristische Unterricht, in einem fünfjährigen Cursus, ertheilt werden sollte.

Hocque opere consummato (codice constitutionum) in uno volumine, nostro nomine praefulgente, coadunato, quum ex paucis ac tenuioribus revelati, ad summam et plenissimam juris emendationem pervenire properaremus, et omnem romanam sanctionem et colligere, et emendare, et tot auctorum dispersa volumina uno codice indita ostendere, quod nemo neque sperare, neque optare ausus est; res quidem nobis difficillima, immo magis impossibilis videbatur. —

Jubemus igitur vobis, antiquorum prudentium, quibus auctoritatem conscribendarum interpretandarumque legum sacratissimi principes praebuerunt, libros ad jus romanum pertinentes et legere, et elimare, ut ex his omnis materia colligatur, nulla, secundum quod possibile est, neque similitudine, neque discordia derelicta, sed ex his hoc colligi, quod unum pro omnibus sufficiat. — Et in certos titulos totum digerere, tam secundum nostri constitutionem codicis, quam edicti perpetui imitationem. —

Sed et hoc studiosum vobis esse volumus, ut, si quid in veteribus non bene positum libris inveniatis, vel aliquod superfluum, vel minus perfectum, supervacua longitudine semota, et quod imperfectum est, repleatis, et omne opus moderatum et quam pulcerrimum ostendatis. Hoc etiam nihilominus observando, ut, si aliquod in veteribus legibus vel constitutionibus, quas antiqui in suis libris imposuerunt, non recte scriptum inveniatis, et hoc reformetis, et ordini moderato tradatis, ut hoc videatur esse verum et optimum et quasi ab initio scriptum, quod a vobis electum et ibi positum fuerit, et nemo ex comparatione veteris voluminis quasi vitiosam scripturam arguere audeat. —

Nostram autem consummationem, quae a vobis Deo innuente componetur, Digestorum, vel Pandectarum nomen habere sancimus. Justinianus in Const. Deo auctore, de conceptione Digestorum.

Omnibus similiter interdicimus, ne quis audeat hominum, qui sunt nunc, aut in posterum erunt, commentarios scribere harum legum, praeterquam si velit quis in graecam linguam haec transferre, quem etiam volumus sola secundum pedem seu κατα πόδα nuncupata uti legum interpretatione, et si quid secundum nominatorum paratitlorum (ut conveniens est) adscribere voluerit

usum. Aliud autem nihil omnino ne tantillum quidem circa ea facere, nec rursum dare seditionis et dubitationis, aut infinitae multitudinis legibus occasionem. Justinianus in Const. Dedit nobis. §. 21.

§. 35.

Die Abfassung der Institutionen.

Mit den beiden großen Sammlungen, den Pandekten und dem Constitutionencodex, war eigentlich Justinian's legislativer Plan erschöpft. Weil aber, aus ganz vernünftigen Gründen, auch bei dem juristischen Unterrichte für die Zukunft die bisher benutzten, älteren, selbstständigen juristischen Werke nicht mehr gebraucht werden sollten, und doch jene beiden großen Rechtssammlungen für den Anfang des juristischen Unterrichtes zu weitläuftig und schwierig erschienen, so veranlaßte dieses den Kaiser zu einer dritten Rechtssammlung von ganz verschiedener Form und Art. Er ließ nämlich, unter dem Vorsitze und der Leitung Tribonian's, von zwei Rechtslehrern, Theophilus und Dorotheus, die Institutiones abfassen.

Die Commission begann ihr Werk, während noch an der Redaction der Pandekten gearbeitet wurde, und publicirt wurden die Institutionen im Jahre 533, zugleich mit den Pandekten.

Obgleich dieselben auch mit zu einem wahren Gesetzbuche bestimmt waren, so haben sie doch nicht sowohl die äußere Gestalt eines solchen, als vielmehr die eines theoretischen Elementarwerkes, eines kurzen, durch viele Beispiele möglichst faßlich gemachten Lehrbuches, welches sich eben deßhalb besonders zu einer methodischen Einleitung in das Studium der größeren Sammlungen eignete. Auch wird der Kaiser darin immer selber, als zu den Rechtsbeflissenen redend und sie belehrend, eingeführt. Damit hängt endlich auch zusammen, daß die Institutionen nach einem ganz anderen Plane, in Rücksicht der Anordnung der Materien, gearbeitet sind, als die Pandekten und der Codex; nämlich nach einem mehr rein wissenschaftlichen Systeme, wonach alles Recht, seinem Inhalte nach, auf die Lehre von den Personen, Sachen und Actionen, auf personae, res und actiones, zurückgeführt wird.[1]) Zum Grunde gelegt ist

[1]) S. unten §. 48 a. E.

den Institutionen ein älteres ähnliches Werk von Gaius, welches nur umgearbeitet und dem jetzigen Standpunkte des justinianischen Rechtes mehr angepaßt wurde.[1]) Es zerfallen die Institutionen in vier Bücher, jedes Buch in Titel, und die Titel in kleinere Abschnitte, die man jetzt gewöhnlich als Paragraphen, und den Anfang jedes Titels als Principium bezeichnet.

— Triboniano — Theophilo et Dorotheo — convocatis specialiter mandavimus, ut nostra auctoritate nostrisque suasionibus componant Institutiones, ut liceat vobis prima legum cunabula non ab antiquis fabulis discere, sed ab imperiali splendore appetere, et tam aures, quam animae vestrae nihil inutile, nihilque perperam positum, sed quod ipsis rerum obtinet argumentis accipiant. Justinianus cupidae legum juventuti, in prooemio Institutionum.

§. 36.

Die Novellen Justinian's.

Schon bei der Bestätigung des codex repetitae praelectionis hatte sich Justinian ausdrücklich vorbehalten, späterhin noch nachträglich, wo er es für nöthig finden werde, durch neue Constitutionen an dem Rechtszustande manches zu ändern. Demgemäß fuhr er auch seitdem wirklich ununterbrochen fort, durch Erlassung von vielen wichtigen, oft sehr durchgreifenden Constitutionen, einzelne Rechtslehren und Institute in seinem Sinne zu reformiren.

Diese, bald und zwar gewöhnlich, griechisch, bald, jedoch seltener, lateinisch, oder in beiden Sprachen abgefaßten Constitutionen hießen, weil sie neuer, als der Constitutionencodex sind, und also in ihm fehlen, novellae constitutiones, νεαραὶ διατάξεις. Die meisten derselben fallen in die ersten fünf Jahre nach der Publication des neuen Codex. Jede einzelne Novelle enthält zuvörderst eine inscriptio, d. h. den Namen des Kaisers und desjenigen, an den sie zunächst, zum Zwecke der zu bewerkstelligenden Publication, erlassen ist, meist des praefectus praetorio, oder, bei Verordnungen kirchlichen Inhaltes, des Patriarchen von Constantinopel. Darauf folgt das prooeminum, oder die praefatio, als Einleitung zu dem Gesetze selbst, und

[1]) S. oben §. 26. a. E.

den Schluß bildet ein epilogus, worin der Kaiser die Behörde, an welche die Novelle gerichtet ist, anweist, wie das neue Gesetz anzuwenden.

Wie es scheint, hatte Justinian vor, diese seine Novellen späterhin selber in eine geschlossene Sammlung zu bringen. Aber es ist dieses doch nicht geschehen, und so sind die Novellen ungesammelt geblieben, wenigstens nicht unter öffentlicher Auctorität in einen förmlichen Codex gebracht worden.

Si quid in posterum melius inveniatur et ad constitutionem necessario sit dirigendum, hoc ita a nobis et constituatur, ut in aliam congregationem referatur, quae novellarum nomine constitutionum significetur. Justinianus in Const. Cordi nobis. §. 4. fin.

Spätere legislative und literarhistorische Schicksale des römischen Rechtes.

§. 37.

Uebergang.

Mit Justinian und seinen drei Rechtssammlungen, nebst ihren Anhängen, den Novellen, schließt sich nun insofern die äußere Geschichte des römischen Rechtes, als bei uns nur dasjenige römische Recht, welches und wie es sich in jenen Rechtssammlungen Justinian's findet, durch Reception praktische Gültigkeit erhalten hat.

Dennoch haben für uns auch die späteren Schicksale des römisch-justinianischen Rechtes, theils im byzantinischen Kaiserreiche selbst, theils außerhalb desselben, nicht blos ein allgemeines historisches, sondern auch ein unmittelbar praktisches Interesse. Denn nur auf diesem geschichtlichen Wege lernen wir die Art, wie und in welchen Grenzen das römische Recht bei uns Gültigkeit erhalten hat, ferner eine Menge wichtiger Hülfsmittel für die Interpretation des justinianischen Rechtes kennen.

§. 38.

Das römische Recht unter Justinian's Nachfolgern im byzantinischen Kaiserreiche bis zu dessen Untergange.[1])

Justinian's Rechtssammlungen blieben auch unter seinen Regierungsnachfolgern im griechischen Kaiserreiche fortwährend

[1]) C. E. Zachariae historiae juris gracco-romani delineatio. Heidelb. 1839. 8. Mortreuil, hist. du droit Byzant. tomes III. Par. 1843. sq.

im Gebrauche, und zwar nicht blos als Rechtsbücher und Gesetzsammlungen, sondern auch als theoretische Lehrbücher für das Studium des Rechtes.[1])

Indessen, so wie das Reich selbst politisch immer schwächer wurde, eben so verfiel, trotz der vorgenommenen durchgreifenden Reform, der Rechtszustand immer sichtbarer; besonders je mehr die lateinische Sprache, als Grundlage des eigentlichen römischen Rechtes, allmählig ganz der griechischen weichen mußte. Zwar hörte das Schreiben juristischer Werke, welche mehr waren, als bloße wörtliche Uebersetzungen der schon vorhandenen Rechtsbücher in das Griechische, trotz Justinian's strengen Verboten dagegen, nicht ganz auf, aber natürlich, mit unbedeutenden Ausnahmen, immer nur in griechischer Sprache. Zu den bemerkenswerthen, uns erhaltenen griechischen Bearbeitungen von Justinian's Rechtsbüchern, welche zum Theil auch für die Erklärung des justinianischen Rechtes mit Erfolg benutzt werden können, gehört eine griechische Paraphrase der Institutionen von dem Antecessor Theophilus,[2]) einem der Mitredactoren der Institutionen. Höchst wahrscheinlich ist sie, ihrer ursprünglichen Entstehung nach, ein in den von Theophilus über Justinian's Institutionen, sehr bald nach deren Publication und noch vor der Publication des revidirten Constitutionencodex, gehaltenen Vorlesungen nachgeschriebenes Collegienheft. Wir wissen nicht genauer, wie es gekommen ist, allein es galt diese Paraphrase, wahrscheinlich wegen des unmittelbaren Antheiles, den Theophilus an der Redaction der Institutionen hatte, noch lange bei den byzantinischen Juristen als eine bedeutende Auctorität. Das beweisen der Text der Basiliken und die Scholien dazu. Auch die Pandekten wurden in griechischer Sprache bearbeitet. Unter diesen Bearbeitungen scheint das größte Ansehen genossen zu

[1]) Nach diesem genau vorgeschriebenen Studienplane hießen die Rechtsbeflissenen im ersten Jahre, welche bisher dupondii genannt worden, nunmehr Justinianistae, im zweiten edictales, im dritten Papinianistae, im vierten λύται, im fünften προλύται. Const. Omnem reipublicae. §. 1—2.

[2]) Die beste Ausgabe, mit einer lateinischen Uebersetzung und mit Bemerkungen, ist von W. Otto Reitz (Haag, 1751. 4. in 2 Bänden). Eine deutsche, sehr getreue Uebersetzung davon mit kritischen und vergleichenden Anmerkungen haben wir von C. Wüstemann (Berlin, 1823, in 2 Bänden).

haben eine ausführliche griechische Paraphrase (εἰς πλάτος) von Stephanus, welche sich jedoch nicht bis auf unsere Zeiten erhalten hat. Dasselbe gilt für den Codex von einer griechischen wörtlichen Uebersetzung desselben, von Thaleläus.[1]) Da die Novellen schon an sich zum größten Theile gleich anfangs in griechischer Sprache publicirt worden waren, so boten sie in dieser Beziehung keine Schwierigkeiten dar. Deßhalb begnügte man sich, in Rücksicht ihrer, griechische Auszüge daraus zu machen. Dahin gehören die Arbeiten von Athanasius[2]) und Theodorus. Auffallender ist, wegen der Sprache, ein lateinisch abgefaßter Auszug aus 125 Novellen Justinian's, verfaßt von dem Antecessor Julianus, wahrscheinlich kurz vor, oder bald nach Justinian's Tode. Es gelangte diese epitome novellarum,[3]) wie sie gewöhnlich genannt wird, besonders im Occidente zu großem Ansehen, und sie ist wahrscheinlich gleich anfangs zum Gebrauche für das wieder eroberte Italien bestimmt gewesen, woraus sich wohl auch ihre lateinische Abfassung erklärt.

Mit diesen bloßen Privatarbeiten sind indessen nicht zu verwechseln die eigentlichen legislativen, unter kaiserlicher Auctorität ausgehenden. Es waren dieses lange Zeit hindurch nur einzelne kaiserliche Constitutionen, Novellen, von Justinian's Nachfolgern, namentlich von Justinus Tiberius und Leo Philosophus, welche sich zu den Rechtssammlungen Justinian's eben nur auf die bisher gewöhnliche Art, wie Novellen verhalten. Allein späterhin schritt man auch zu förmlichen Umarbeitungen der justinianischen Rechtsbücher selbst. Da nämlich die bisherigen griechischen Uebersetzungen dieser letzteren durchaus keine öffentliche Auctorität hatten, auch nicht immer mit dem Originaltexte, oder unter einander selbst übereinstimmten, endlich auch auf die neuesten kaiserlichen Constitutionen seit Justinian keine Rücksicht nahmen, so fühlte man allmählig das Bedürfniß einer officiellen Arbeit dieser Art. Dahin gehört vorerst, unter Kaiser Leo dem Isaurier, die ἐκλογὴ τῶν νόμων ἐν συντόμῳ γενομένη, in achtzehn Titeln, wahrscheinlich um das Jahr 740

[1]) Nur einzelne Auszüge und Bruchstücke daraus in späteren Werken, besonders in den Basiliken, sind uns erhalten.

[2]) G. E. Heimbach Ἀνέκδοτα. Lips. 1838.

[3]) Erste Ausgabe von Boerius (Lyon, 1512.) Eine neue kritische Ausgabe von G. Hänel.

n. Chr., ein kurz zusammengedrängtes Rechtsbuch. Daran schloß sich, unter Kaiser Basilius Macedo, der πρόχειρος νόμος[1]) in 40 Titeln, etwa um das Jahr 878 n. Chr. Weit umfangreicher aber und wichtiger ist diejenige legislative Arbeit, welche von demselben Kaiser Basilius Macedo eingeleitet und nachher von seinem Sohne Leo Philosophus (regierte von 886—911) vollendet worden ist. Um nämlich auch zugleich, durch eine noch größere Concentrirung der Quellen, den Gebrauch derselben den immer schwächer werdenden Kräften des Zeitalters zu erleichtern, wurden die bis dahin getrennt für sich bestehenden Institutionen, die Pandekten, der Constitutionencodex und die Novellen zu einem einzigen, griechisch abgefaßten Ganzen in 60 Büchern, die wieder in Titel mit Rubriken, die Titel in Capitel, und letztere in Paragraphen zerfallen, verschmolzen. Durch dieses neue Rechtsbuch, welches den Namen Basiliken,[2]) τὰ βασιλικὰ νόμιμα, oder ὁ βασιλικὸς (νόμος) erhielt, wurde allmählig der Gebrauch der ächten justinianischen Rechtssammlungen im Oriente verdrängt, obgleich es zunächst diesen Zweck nicht gehabt zu haben scheint, sondern nur zu einer Erleichterung jenes Gebrauches bestimmt war. Es sind diese Basiliken uns zwar erhalten, jedoch nur unvollständig. Denn, von den 60 Büchern haben wir nur 29 noch ganz vollständig, 10 Bücher nur theilweise, und von 17 nur einzelne Bruchstücke. Auf die Basilikengesetzgebung beziehen sich zunächst die von Kaiser Leo in griechischer Sprache publicirten s. g. novellae Leonis. Die zu der Erklärung des römisch-justinianischen Rechtes nicht unwichtigen Scholien zu den Basiliken sind großentheils entlehnt aus den Schriften der oben erwähnten Zeitgenossen Justinian's. In der Mitte des zehnten Jahrhunderts veranstaltete Kaiser Constantinus Porphyrogeneta eine neue Ausgabe der Basiliken, so wie auch späterhin mancherlei Auszüge daraus, zum Theil unter öffentlicher Au-

[1]) Herausgegeben von C. E. Zachariä. (Heidelb. 1837. 8.)

[2]) Herausgegeben mit einer lateinischen Version von Carl Annib. Fabrotus. (Paris, 1647. fol. in sieben Bänden.) Nachträge haben geliefert Ruhnken, Reitz (in Meermann, thes. tom. III. u. V.), ferner in neuester Zeit K. Witte (Breslau, 1826. 4.), Pardessus und Zachariä. Eine neue kritische Gesammtausgabe ist von den Gebrüdern C. W. E. und G. E. Heimbach seit 1833 begonnen und 1850 vollendet worden.

ctorität, gemacht wurden.[1]) In anderer Beziehung ist für die Erkenntniß des damaligen Rechtszustandes nicht uninteressant, obwohl sonst höchst geschmacklos zusammengesetzt, ein in Form eines Lehrgedichtes eingekleidetes Rechtscompendium von Mich. Psellus, aus dem elften Jahrhunderte.[2]) Zuletzt, mit dem zwölften Jahrhunderte, verlor sich, durch alle diese griechischen Rechtsbücher verdrängt, der Gebrauch von Justinian's ursprünglichen Rechtssammlungen im Oriente gänzlich. Die griechischen Rechtsbücher haben sich übrigens noch lange, auch noch nach der Eroberung des griechischen Kaiserreiches durch die Türken und, wenigstens zum Theil, sogar bis auf die neuesten Zeiten, für die dort lebenden Griechen im Gebrauche erhalten.[3])

§. 39.

Spätere Schicksale des römischen Rechtes im Occidente.[4])

Allerdings war schon lange vor Justinian das römisch-occidentalische Kaiserthum untergegangen und, im Gefolge davon, Italien außer aller politischer Verbindung mit dem noch übrig gebliebenen römisch-griechischen Kaiserreiche gekommen. Doch wurde unter Justinian, durch glückliche Eroberungskriege seiner Feldherren, vorübergehend ein großer Theil von Italien wieder, als Provinz, diesem Kaiserreiche einverleibt. Das hatte die für die künftigen Schicksale des römischen Rechtes hochwichtige Folge, daß Justinian's neue, für das ganze Reich bestimmte Rechtsbücher auch mit nach Italien versendet und dort ebenfalls publicirt wurden. Freilich wurde, sehr bald nach Justinian's Tode, Italien wieder ganz von dem griechischen Kaiserreiche losgerissen und eine Beute germanischer Völker. Aber dennoch erhielt sich dort, während des ganzen Mittelalters, unter der wechselnden Herr-

[1]) Dahin gehört die Synopsis Basilicorum (ἐκλογὴ Βασιλικῶν), herausgegeben von J. Leunclavius, Bas. 1575 fol. Ferner das πρόχειρον τῶν νόμων von Constantinus Harmenopulus, welches sich, mit den Noten von W. O. Reitz, in dem Supplementbande zum Meermannischen Thesaurus p. 1 sq. findet.

[2]) Meermann, Thes. tom. I.

[3]) Das gilt namentlich von dem in der Note 1 erwähnten Rechtsbuche von Harmenopulus.

[4]) v. Savigny, Geschichte des römischen Rechtes im Mittelalter, in 6 Bänden. Heidelb. 1815—1831. 8., zweite Aufl. der ersten 3 Bände 1834.

schaft der Longobarden und Franken, das römische Recht fortdauernd praktisch im Gebrauche. Es erklärt sich das, theils aus dem bei den germanischen Völkern herrschenden Principe der persönlichen Rechte, theils und besonders aus der dort fortbestehenden römischen Städteverfassung.

Selbst von einer gewissen literarischen Thätigkeit, mit nächster Rücksicht auf das römisch-justinianische Recht, finden sich aus dieser Zeit und Gegend einige, wenn auch nur unbedeutende Spuren. Dahin gehören namentlich der jetzt gewöhnlich so benannte brachylogus juris civilis, oder corpus legum per modum institutionum,[1]) desgleichen Petri exceptiones legum romanarum,[2]) beide aus dem Ende des elften Jahrhunderts.

Ein in seinen Folgen höchst wichtiger Wendepunkt für das römisch-justinianische Recht trat ein, als das wissenschaftliche Studium desselben, seit dem zwölften Jahrhunderte auf den neuentstandenen Universitäten Italiens, (studia generalia, universitates doctorum et scholarium,) besonders in Bononia (Bologna), wieder auflebte.[3]) Von dort aus verbreitete sich allmählig, mit der allgemeiner werdenden Kenntniß des römischen Rechtes, auch dessen praktischer Gebrauch, nicht blos über Deutschland, sondern fast über ganz Europa, namentlich so weit, als das Ansehen der damaligen römischen Kaiser, als weltlicher Schirmherren der christlichen Kirche, ging. Es wirkte dazu vereinigt das Zusammentreffen mehrerer, theils politischer, theils literarischer, theils anderer zufälliger Umstände.

Namentlich trug viel zur Verbreitung des römischen Rechtes bei die mannigfache Beziehung, in welcher das canonische, päpstliche Recht zu demselben stand. Denn, da das canonische Recht entschieden für die gesammte Christenheit bestimmt war, so knüpfte sich daran sehr natürlich die weitere Idee, daß auch

[1]) Der ächte Titel scheint gewesen zu sein: Summa novellarum constitutionum Justiniani imperatoris. Die neueste kritische Ausgabe ist von E. Böcking. Berl. 1829.

[2]) v. Savigny a. a. O. II. §. 48 und 56.

[3]) Wie sich die Rechtsschule zu Bologna zu den früheren in Rom und Ravenna, von welchen wir deutliche historische Spuren finden, verhalten habe, ist nicht recht klar.

das römisch-justinianische Recht, das von jenem als fast unzertrennbar erschien, für die gesammte Christenheit bestimmt sei.

Je wichtiger nun, in mehrfacher Hinsicht, für die späteren Schicksale des römischen Rechtes, die Art und Weise geworden ist, wie man, sowohl auf den damaligen Universitäten, als auch späterhin, dasselbe wissenschaftlich lehrte und behandelte, desto nothwendiger erscheinen die nachfolgenden literarischen Bemerkungen.

§. 40.

Die Glossatoren und ihr Wirken.

Aus der exegetischen Form, in welche die ersten Lehrer des Rechtes, besonders zu Bononien Guarnerius, oder Irnerius († vor 1140) und seine Nachfolger, den juristischen Unterricht über Justinian's Rechtssammlungen, welche allmählig wieder vollständiger aufgefunden wurden, einkleideten, haben sich die Glossen gebildet. So nannte man nämlich die kurzen, einen fortlaufenden Commentar bildenden Bemerkungen zu dem Texte von Justinian's Rechtsbüchern, wodurch die Lehrer das römische Recht aus sich selber, besonders durch Verweisung auf Parallelstellen, oder Beseitigung scheinbar widersprechender Stellen, theils in grammatischer, theils, und besonders, in juristischer Hinsicht zu erläutern suchten. Diese Glossen, von welchen jene Rechtslehrer nachher den Namen Glossatoren erhalten haben, wurden von den Rechtsschülern aufgezeichnet, anfangs zwischen den Linien des Textes (glossa interlinearis), späterhin am Rande, und die der verschiedenen Lehrer gesammelt (Apparatus). Aus der allmählig bedeutend angewachsenen Glossenmasse hat, in der Mitte des dreizehnten Jahrhunderts, Accursius eine, mit eigenen Bemerkungen begleitete Auswahl getroffen, die jetzt vorzugsweise s. g. Glosse, glossa ordinaria. Sie hat sich, einzelne weniger bedeutende spätere Zusätze abgerechnet, in dieser Gestalt unverändert erhalten, ohne daß wir die speciellere Veranlassung dazu kennen.

An und für sich bilden nur eine besondere Form der Glossen die authenticae im Codex. So nannte man nämlich, wenigstens späterhin, vorzugsweise die lateinischen Auszüge aus Justinian's Novellen, welche zum Theil schon von Irnerius herrühren und den sehr vernünftigen Zweck verfolgten, schon bei

dem Studium des Codex auf die wichtigen Aenderungen, welche das kaiserliche Recht durch die Novellen Justinian's erlitten, recht eindringlich aufmerksam zu machen. Wann diese Authentiken zuerst von den übrigen Glossen, zu denen sie ursprünglich als integrirender Theil gehörten, gesondert und, statt bloße Randbemerkungen zu bleiben, dem Codextexte selbst, bei den einschlagenden Stellen, einverleibt wurden, läßt sich nicht bestimmen. Aehnliche Authentiken finden sich auch in den Handschriften und älteren Ausgaben der Institutionen. Uebrigens dürfen mit diesen Authentiken, s. g. authenticae Justinianeae, nicht verwechselt werden gewisse andere, ebenfalls dem Texte des Constitutionencodex selbst eingeschaltete, ursprünglich fremdartige Stellen, welche sich, unter demselben Namen Authentiken, s. g. authenticae Fridericianae, noch heut zu Tage im Codex finden. Diese letzteren bestehen nämlich aus Verordnungen der deutschen Könige und römischen Kaiser Friedrich I. und II., welche auf ausdrücklichen kaiserlichen Befehl, wegen ihrer mittelbaren, oder unmittelbaren Beziehung auf das römische Recht, dem Codex einverleibt worden sind.

Ein ganz besonderes, großes Verdienst erwarben sich die Glossatoren durch die Bildung eines vollständigeren, correcteren und gleichförmigeren Textes von Justinian's Sammlungen aus den verschiedenen, mit einander verglichenen Handschriften. Daraus ist hervorgegangen die s. g. lectio vulgata. Zugleich wurden aber auch, für die einzelnen griechischen Stellen, welche sich in den Rechtssammlungen finden, lateinische Uebersetzungen substituirt.

Was die Novellen betrifft, so führten die Glossatoren zwar, statt des bisher, wie es scheint, allein benutzten lateinischen Auszuges, der Epitome von Julian (§. 38.), wieder den Gebrauch der allmählig aufgefundenen, ächten Novellen Justinian's, unter dem Namen des authenticum, oder liber authenticorum, ein. Doch bedienten sie sich, bei den griechischen Novellen, nicht des, ihnen vielleicht noch unbekannten griechischen Urtextes, sondern einer lateinischen, meist sehr wörtlichen und von Gräcismen strotzenden, oft geradezu fehlerhaften Uebersetzung, welche aus unbekannter Zeit, aber jedenfalls älter ist, als die Glossatoren. Diese nennt man die versio vulgata, im Ge-

gensatze der späterhin versuchten, besseren und genaueren Uebersetzungen.

Aus der weit größeren Zahl von Novellen, welche ihnen schon bekannt waren, haben die Glossatoren nur 97 ausgewählt und mit der Glosse versehen. Diese brachten sie in neun Collationen, welche den liber ordinarius bildeten, in dessen Gegensatze die übrigen Novellen authenticae extraordinariae, s. extravagantes, hießen. Jede Collation enthält mehrere Titel, und jeder Titel wird aus einer besonderen Novelle für sich gebildet. Eine Ausnahme macht jedoch die achte Novelle, welche in zwei Titel zerfällt, so daß die aufgenommenen 97 Novellen 98 Titel bilden.

Manche andere Anordnungen und Einrichtungen der Glossatoren, die sich auf Justinian's Rechtsbücher beziehen, werden weiter unten ihren passenden Platz finden.

Doch ist schon hier im Allgemeinen zu bemerken, daß die wissenschaftliche Thätigkeit, welche die Glossatoren dem römischen Rechte zugewendet haben, in jeder Beziehung für die Folgezeit und unseren heutigen Rechtszustand von hoher Bedeutung geworden ist. Sie haben nicht blos den Text der justinianischen Rechtsquellen gereinigt, sondern auch, in der Glosse, einen fortlaufenden Commentar zu allen Theilen des justinianischen Rechtes geliefert, welcher, sowohl in wissenschaftlicher, als in praktischer Hinsicht eine größere Wichtigkeit erhalten hat, als seitdem irgend eine andere Privatbearbeitung. Denn diese Glosse bildet gleichsam den Mittelpunkt, den Kern der gesammten juristischen Literatur jenes Zeitalters. Sie enthält, besonders in Verbindung mit manchen anderen, sich unmittelbar daran knüpfenden Schriften der Glossatoren, schon den Keim der allermeisten Rechtscontroversen, welche sich großentheils bis auf die neuesten Zeiten als solche erhalten haben. Was ferner dieser Glosse einen so bedeutenden wissenschaftlichen Werth sichert, ist nicht blos der unverkennbare Scharfsinn, der sich darin kund giebt, sondern auch der Umstand, daß die Glossatoren, als die ersten wissenschaftlichen Bearbeiter des römischen Rechtes, mit Nothwendigkeit ganz auf das Studium der Quellen selbst hingewiesen, diese letzteren um so unbefangener prüfen konnten und sich dadurch eine ungemeine, fast unglaubliche Vertrautheit mit ihnen zu eigen machten. Was ihnen auf der anderen Seite allerdings mangelt, ist ein freierer

philosophischer Geist und gründliches geschichtliches Studium. Das waren aber freilich zwei unentbehrliche Erfordernisse zu einer völlig befriedigenden Bearbeitung des römisch-justinianischen Rechtes. Denn, was dieses charakterisirt, ist ja eben, daß es, als das Resultat einer consequenten Durchbildung von vielen Jahrhunderten, theils den Kern des ganzen früheren und späteren Rechtslebens im römischen Staate, also einen wichtigen Theil der gesammten römischen Volksgeschichte, theils einen reichen Schatz von bewährten, rechtsphilosophischen Erfahrungen enthält.

Aus allem diesen erklären sich denn auch leicht sowohl die großen, oft nicht genug gewürdigten Vorzüge, als die mancherlei, oft freilich unbilliger Weise zu scharf gerügten Mängel und Fehler der Glosse. Von ihr sind namentlich, so wie manche vortreffliche Erklärungen und Theorien, welche sich zum Theil erst wieder in den neuesten Zeiten, trotz mancher Anfechtung, nach langer, gründlicher Prüfung, als die richtigen ausgewiesen haben, eben so freilich auch manche unrichtige Theorien und Irrthümer ausgegangen, welche, eben durch das große Ansehen, das die Glossatoren späterhin genossen, sich auffallend lange erhalten haben. Von den Glossatoren rührt ferner her der, in die wissenschaftliche Rechtssprache immer allgemeiner übergegangene Gebrauch der vielen juristischen Kunstwörter, so wie der richtigen, quellenmäßigen, eben so freilich auch mancher falschen, schlecht gewählten, an deren zähe Festhaltung sich späterhin leider manche verwirrende Irrthümer geknüpft haben.

Was die praktische Bedeutung der Glossatoren für die nachmalige Verbreitung des römischen Rechtes, als gemeinen geltenden Rechtes, betrifft, so kann diese kaum hoch genug angeschlagen werden. Denn vorerst gingen sie bald, bei ihren Vorträgen und Schriften über das justinianische Recht, aus von demjenigen Gesichtspunkte, welcher späterhin in der That die weitere praktische Verbreitung so wirksam vermittelt hat; nämlich davon, daß dieses römische Recht nicht blos einen antiquarischen, oder particularrechtlichen Werth habe, sondern den Charakter eines gemeinen, für die ganze Christenheit geltenden, positiven Rechtes an sich trage. Demgemäß bemühten sie sich, mit entschiedenem Erfolge und oft mit sehr gesundem Tacte, die Grundsätze des römischen Rechtes auf die Rechtsverhältnisse ihrer Zeit praktisch anzuwenden. Sie deuteten dadurch sehr richtig den Weg an, auf

welchem das römische Recht, trotz seines Ursprunges aus einer längst vergangenen Zeit, so wie trotz mancher seitdem entstandener, ihm völlig fremdartiger, germanischer Elemente des Rechtslebens, dennoch mit der Gegenwart sich sehr wohl in eine zweckmäßige Verbindung bringen lasse. Gerade dadurch machten sie die weitere Verbreitung des römischen Rechtes über den größten Theil der damaligen christlichen Welt erst recht möglich.

Endlich sind die Glossatoren, was zum Theil mit dem Bisherigen genau zusammenhängt, dadurch praktisch so wichtig geworden, daß die Glosse späterhin das, freilich mehr zufällige äußere Merkmal geworden ist, wonach sich die Reception und praktische Geltung des römischen Rechtes im Mittelalter bestimmter begrenzte. Quod non agnoscit glossa, nec agnoscit curia.

Aus der bedeutenden Zahl der Glossatoren verdienen folgende hervorgehoben zu werden, theils wegen des hervorragenden Werthes ihrer Schriften, theils wegen des ungewöhnlich großen Ansehens, welches sie sich schon unter ihren Zeitgenossen, und noch mehr späterhin erworben haben. Irnerius († vor 1140), Bulgarus († 1166), Martinus Gosia, Hugo de Porta Ravennate († 1168), Jacobus de Porta Ravennate († 1178), Placentinus († 1192), Pillius, Joannes Bassianus, Albericus de Porta Ravennate, Azo († nach 1229), Hugolinus Presbyteri, Jacobus Balduini († 1235), Accursius († um 1260), Odofredus († 1265). Bemerkenswerth ist, daß besonders Bulgarus und Martinus, gewissermaaßen als Führer und Repräsentanten derselben, zwei verschiedene Schulen bildeten, aus welchen zunächst manche Rechtscontroversen hervorgegangen sind. Das Ansehen von Bulgarus scheint besonders überwiegend gewesen zu sein, und Accursius zog, bei Zusammenstellung der Glossen, meistens die Ansichten des Bulgarus den davon abweichenden des Martinus vor. Dagegen sind allerdings späterhin, durch das canonische Recht, umgekehrt manche Ansichten des Martinus, mit Verwerfung derer des Bulgarus, ausdrücklich bestätigt worden.

§. 41.

Spätere literarische Schicksale des römischen Rechtes, seit den Glossatoren, außer Deutschland.

An die Zeit der Glossatoren schließt sich, gewissermaaßen als eine zweite Periode der civilistischen Literaturgeschichte, an die Zeit der juristischen Schriftsteller vom dreizehnten bis zu dem Ende des funfzehnten Jahrhunderts. Sie werden, im Gegensatze der Glossatoren, bald scribentes, oder consiliatores genannt, nämlich von der Hauptart und Form ihrer Schriften, bald Bartholisten, von Bartholus, als dem Hauptrepräsentanten dieses Zeitraumes. Es war dieses die Zeit der scholastischen Philosophie, welche damals, als unbedingt vorherrschend, allen Wissenschaften eine bestimmte, scharf ausgeprägte Form gab, ja sie gewissermaaßen ganz in sich aufnahm. Namentlich hat sie auch auf die wissenschaftliche Behandlung des römischen Rechtes einen entschiedenen, aber freilich im Ganzen nicht sehr günstigen Einfluß geübt. Denn vorerst konnte unter der beengenden Form der scholastischen Methode weder ein freierer, philosophischer, noch derjenige historische Geist, wie er der Behandlung des römischen Rechtes so Noth that, gedeihen. Noch nachtheiliger und hemmender mußte auf ein gründliches Studium der Rechtsquellen der gleichzeitig einreißende Verfall der altclassischen Literatur, und der lateinischen Sprache insbesondere, einwirken.

Daraus erklärt sich der vorherrschende Charakter, welchen die zahlreichen juristischen Schriften der damaligen Zeit durchgängig an sich tragen. Obwohl ihnen eine gewisse Gelehrsamkeit nicht abgesprochen werden kann, so lassen sie sich doch, an wahrem inneren Werthe, nicht mit den Arbeiten der Glossatoren vergleichen. Denn, abgesehen davon, daß der in ihnen sich kund gebende gänzliche Mangel an Geschmack, in Verbindung mit der barbarischen Latinität und einer ermüdenden Weitschweifigkeit, schon der Form wegen, das Studium jener Schriften sehr unerfreulich erscheinen läßt, so geht ihnen auch, in materieller Beziehung, gerade dasjenige, was die Arbeiten der Glossatoren so vortheilhaft auszeichnete, das gründliche, unmittelbare Quellenstudium ab. Das zeigt sich am auffallendsten darin, daß sie nicht mehr zunächst die römischen Rechtsquellen selbst commentiren

und interpretiren, sondern sich es zur Hauptaufgabe stellen, unter dem Titel von repetitiones, consilia, commentarii, decisiones, dissertationes, quaestiones u. s. w., die unzähligen Controversen der Glossatoren unter einander zu behandeln, wobei sie sich noch dazu oft, durch Aufstellung der s. g. casus, in unnütze Casuistik und in leere Spitzfindigkeiten verlieren. Im Gefolge dieser Tendenz wurde von den Bartholisten die gesetzliche Auctorität der Rechtsquellen selbst der äußeren Auctorität der Glossatoren zum großen Theile aufgeopfert. Zugleich entwickelte sich daraus ein ängstliches Streben, bei der Behandlung jener Controversen, in welche sich das ganze damalige Rechtsstudium auflöste, eine bestimmte, als die richtigste, vertheidigte Meinung auch als die allgemein vorherrschende, als die communis opinio, wie man es ausdrückte, darzustellen. Da man aber nur darauf ausging, einer solchen Meinung, durch Berufung auf Namensauctoritäten, ein äußeres Uebergewicht zu verschaffen, statt ihre innere Wahrheit aus dem Inhalte der Quellen selbst zu entwickeln, so konnte es, bei jenen sich oft geradezu widersprechenden äußeren Auctoritäten, nicht fehlen, daß von den verschiedenen juristischen Schriftstellern der damaligen Zeit ganz verschiedene, einander zum Theil geradezu widersprechende Ansichten dennoch sämmtlich für die communis opinio ausgegeben wurden.

Hervorzuheben sind unter diesen Bartholisten folgende, welche, wegen des besonderen Ansehens, welches sich ihre Schriften zu verschaffen gewußt haben, von wissenschaftlicher und praktischer Bedeutung geworden sind. Zuvörderst Odofredus, der gewissermaaßen den Uebergang von der vorigen Periode zu dieser neuen bildet und noch beiden angehört; sodann Vivianus, Dinus, Mugellanus, Jacobus von Arena, Petrus a bella Pertica, Cinus, Albericus de Rosciate, ganz vorzüglich Bartholus de Saxo Ferrato, endlich noch Baldus de Ubaldis.

Ein besserer Geist, mehr Gründlichkeit, ein reinerer Geschmack und damit zugleich eine zweckmäßigere Methode kam in die Wissenschaft des römischen Civilrechtes seit dem sechzehnten Jahrhunderte, gleichzeitig mit der Wiederherstellung der classischen Literatur. Man überzeugte sich, daß, nur bei einer genauen Verbindung mit der Philologie und Geschichte, das gründliche Stu-

dium des römischen Rechtes gedeihen könne. Daher die jetzt beginnende historisch-kritische Behandlung, nicht blos der bisher im Gebrauche gewesenen Quellen des unmittelbar justinianisch-römischen Rechtes, sondern auch mancher bisher ganz vernachlässigter, mittelbarer Quellen des vor- und nachjustinianischen Rechtes. Eine natürliche Folge davon war, daß sich jetzt wieder eine freiere, selbstständige Entwickelung der einzelnen Rechtssätze und ganzer Theorien unmittelbar aus jenen Quellen selbst geltend machte, wodurch namentlich die Geschichte und Exegese des römischen Rechtes bedeutend gewinnen mußte. Nur freilich nicht allgemein. Denn die bisherige Methode der Bartholisten behielt immer noch manche Anhänger, besonders aus der Classe der s. g. Praktiker. Je entschiedener nämlich das römische Recht jetzt schon, als praktisch geltendes, in den Gerichten anerkannt wurde, desto natürlicher schied sich allmählig, nach ihren nächsten unmittelbaren Zwecken, ein doppeltes Bestreben der juristischen Schriftsteller. Während die s. g. Theoretiker sich es mehr und zunächst zur Aufgabe stellten, die reine Theorie des römischen Rechtes lediglich aus den Quellen zu entwickeln, bemühten sich die s. g. Praktiker, das römische Recht in derjenigen Gestalt darzustellen, welche es, seit seiner Reception als geltendes Recht, erhalten, und wie es in den Gerichten zur Anwendung kam. So wünschenswerth und ersprießlich nun auch an sich ein solches doppeltes Streben erschien, das Feld der römischen Jurisprudenz gleichzeitig nach jenen beiden Seiten hin zu bebauen, so verfehlte es doch zum Theil den wohlthätigen Zweck, der dadurch erreicht werden konnte. Denn, statt sich einander gegenseitig in die Hände zu arbeiten, ging aus den entgegengesetzten Bestrebungen allmählig diejenige, höchst nachtheilige Spaltung zwischen der Theorie und der Praxis hervor, wie sie zum Theil sogar noch heut zu Tage fortdauert.

Da jetzt das römische Recht sich schon über sehr viele christliche Länder verbreitet hatte und dort zum Theil verschiedene wissenschaftliche Bearbeitung fand, so wird es nöthig, bei der Darstellung der Resultate, die einzelnen Länder zu trennen.

Für Italien ist besonders hervorzuheben Angelus Politianus († 1494), nicht zunächst als gelehrter Romanist, sondern wegen seines kräftigen Wirkens für die Verbindung der classischen Literatur mit dem Rechtsstudium. Außerdem, als ge-

lehrte Civilisten, Alciatus, Aemilius Ferretus, Lälius und Franciscus Taurelli, Alb. und Scip. Gentili, Paeius, Ant. Merenda, Marc. Aur. Galvanus, Barth. Chesius, und, schon mehr der neueren Zeit angehörend, Jan. Vinc. Gravina und Jos. Averanius.

In Frankreich hatte sich eine, durch Gründlichkeit ausgezeichnete Schule von Rechtsgelehrten gebildet, deren Werke auch auf die Rechtsansichten anderer Länder, namentlich Deutschlands, entschiedenen Einfluß übten. Unter diesen französischen Juristen der damaligen Zeit verdienen hervorgehoben zu werden: Ranconnetus, Tilius, Miräus, Eg. Baro, Franc. Connanus, Franc. Duarenus, Franc. Balduinus, Ant. Contius, Lud. Russardus, Hotomannus, Charondas, Jac. Cujacius († 1590), Hugo Donellus, Barnab. Brissonius, Petr. und Franc. Pithöus, Petr. und Ant. Faber, Guil. Maranus, Dion. und Jac. Gothofredus, Petr. ab Area Baudaza, Jan. a Costa, Edm. Merillius, Annib. Fabrotus, Alteserra, Aug. Menagius, Pothier.

Auch in den Niederlanden finden wir, seit dem sechzehnten Jahrhunderte, eine zahlreiche Schule von Juristen, welche sich mit besonderer Vorliebe der philologischen und historischen Seite der römischen Jurisprudenz zuwendeten. Unter ihnen sind hervorzuheben: Viglius ab Aytta Zuichem, Gebr. Mudäus, Henr. Agyläus, Jac. Rävardus, Joh. de Sande, Hub. Giphanius, Siccama, Hugo Grotius, Merenda, Sim. van Leeuwen, Arn. Vinnius, Ulr. Huber, Joh. Voet, Jac. Perizonius, Corn. van Eck, Gerard Noodt, Ant. Schulting, Heinr. Brencman, Georg d'Arnaud, Joh. Ortw. Westenberg, Corn. van Bynckershoek, van de Water, Balth. Branchu, Abrah. Wieling, Jac. Voorda, Eberhard Otto, W. O. Reitz, Ger. Meermann, Herm Cannegieter, Heinr. Trotz.

Unter den spanischen und portugiesischen Civilisten verdienen genannt zu werden: Ant. Goveanus, Ant. de Quintanaduennas, Jos. Altamiranus y Velazquez, Ant. Perez, Ant. Augustinus, de Retes, Ramos del Manzano.

§. 42.

In Deutschland.

In Deutschland selbst fehlte es zwar, seit dem sechzehnten Jahrhunderte, auch nicht an juristischen Schriftstellern, welche zunächst der Wiederherstellung des Quellentextes und dem reinen römischen Rechte mit Erfolg ihre Bemühungen zuwendeten. Es verdienen unter ihnen namhaft gemacht zu werden: Greg. Haloander, Ulr. Zasius, J. Sichard, Joh. Fichard, Leunclajus oder Leunclavius, Herm. Vultejus, Reinh. Bachow von Echt, J. J. Wissenbach. Aber es lag in dem besonderen Rechtszustande Deutschlands der natürliche Grund, warum gerade dort die meisten wissenschaftlichen Kräfte der praktischen Seite des römischen Rechtes zufielen. Denn dort mußte, bei der eigenthümlichen Stellung des römischen Rechtes zu den einheimischen Rechtsquellen, ganz besonders das Bedürfniß einer Verarbeitung so heterogener Rechtselemente zu einem Ganzen, durch die Vermittelung einer, der Gerichtspraxis in die Hände arbeitenden Doctrin, gefühlt werden. Um so mehr, weil es, bei der politischen inneren Zerrissenheit Deutschlands, fast gänzlich an einem gemeinschaftlichen Mittelpunkte der Rechtsbildung mangelte. Die Reichsgesetzgebung befaßte sich überhaupt nur selten mit Gegenständen des Civilrechtes. Die legislative Gewalt in den einzelnen Territorien war zwar in dieser Beziehung thätiger, brachte aber oft, durch die keineswegs übereinstimmenden Resultate, die sie lieferte, noch mehr Verwirrung in das schwankende Rechtsverhältniß. Selbst der Bildung eines allgemeinen, vermittelnden Gewohnheitsrechtes standen in Deutschland besondere politische Schwierigkeiten entgegen. Daher blieb es lediglich der Gerichtspraxis überlassen, so manche widerstrebende Elemente des römischen und germanischen Rechtes mit einander zu vereinigen. Das konnte aber wieder nur durch Hülfe der unmittelbar dazu mitwirkenden Doctrin geschehen. Daher die vorherrschende, rein praktische Tendenz der meisten Schriften aus der damaligen Zeit, welche das römische Recht bearbeiten. Sie enthalten bald Vorschläge zu Theorien, nach welchen am zweckmäßigsten in den Gerichten das römische Recht den deutschrechtlichen Verhältnissen angepaßt werden könnte. Bald liefern sie Erfahrungen und Mittheilungen von Rechtsfällen, unmittelbar aus dem Gerichtsleben selbst, um daran zu zeigen, wie sich bisher in der Wirklichkeit

das Verhältniß gestaltet habe. Bald endlich verbinden sie beides mit einander. Daher ist es sehr erklärlich, wie manche jener praktischen Schriftsteller zu einem so außerordentlichen Ansehen in den Gerichten gelangen konnten, daß man ihren Theorien zum Theil eben so viel, ja oft fast mehr Gewicht beilegte, als den Aussprüchen der Rechtsquellen selbst. Das war vorzüglich der Fall bei solchen Schriftstellern, welche, ihrer besonderen Stellung nach, am meisten Gelegenheit hatten, den wirklich bestehenden Zustand des Rechtes in möglichst vielen Ländern Deutschlands kennen zu lernen. Denn ihnen wurde, bei ihren so weit ausgedehnten praktischen Erfahrungen, leichter, wie Anderen, dasjenige zu finden, worin die Gerichtspraxis überall zusammentraf, sich wenigstens scheinbar als eine s. g. gemeine deutsche Praxis darstellte. In dieser günstigen Lage befanden sich nun aber namentlich die Professoren des Rechtes auf den deutschen Universitäten, als Mitglieder der Schöppenstühle und Juristenfacultäten, an welche aus den verschiedensten Gegenden Deutschlands Proceßsachen zum Spruche versendet wurden. Dahin gehörten ferner, in einem fast noch höheren Grade, diejenigen praktischen Schriftsteller, welche, als Beisitzer der Reichsgerichte, besonders des Reichskammergerichtes, Gelegenheit hatten, die dort herrschende Gerichtspraxis, welche, schon nach der Stellung dieser Gerichte, als höchster Tribunale, zu den Territorialgerichten, von entscheidendem Einflusse war, kennen zu lernen.

In der That war dieses auch der einzige Weg, auf welchem allmählig eine gewisse Einheit und Gleichförmigkeit in die anfangs so schwankende Praxis der verschiedenen Gerichte Deutschlands gebracht werden konnte. Allein, auf der anderen Seite ist es auch nicht zu verkennen, daß dieses Streben, besonders seit der letzten Hälfte des achtzehnten Jahrhunderts, eine Richtung nahm, welche weder der Theorie, noch der Praxis förderlich war. Denn Vieles, was sich auf diese Weise als gemeine deutsche Praxis geltend machte, beruhte, seiner Grundlage nach, auf bloßen, traditionell gewordenen Mißverständnissen und Irrthümern, hatte also nicht die Natur eines wahren, durch den Gerichtsgebrauch vermittelten Gewohnheitsrechtes. Es wurden ferner, mit großer Willkürlichkeit, von dem ächten römischen Rechte abweichende Grundsätze und Theorien als gemeine Praxis verbreitet, welche durchaus nicht diesen Charakter hatten, sondern entschieden lediglich auf par-

ticularem Gerichtsgebrauche beruhten, so daß oft einander ganz widersprechende Theorien für gemeinrechtliche ausgegeben wurden.

Erst gegen das Ende des achtzehnten Jahrhunderts kam wieder ein regerer, rein wissenschaftlicher Geist in die Bearbeitung des römischen Rechtes, hervorgerufen besonders durch den Einfluß der neueren philosophischen Systeme, wodurch ein kritisches Streben auch für die Behandlung des Rechtes, in philosophischer und historischer Hinsicht, von Neuem geweckt wurde. Im Gefolge davon kam man zu der Ueberzeugung, daß die mancherlei bisherigen traditionellen Irrthümer weder als römisches Recht, noch als angebliches deutsches Recht, Anerkennung verdienten. Vollends hat die Auffindung mancher neuer, bisher noch unbekannter Quellen des vor- und nachjustinianischen Rechtes zur Belebung des geschichtlichen Rechtsstudiums, und mittelbar zu manchen richtigeren Erkenntnissen des justinianischen Rechtes, beigetragen. Der Umstand, daß allmählig, durch Publication neuer, s. g. ausschließlicher Civilgesetzbücher, in manchen deutschen Ländern die directe Anwendung des römischen Rechtes, als gemeinen Rechtes, ausgeschlossen worden ist, hat dem fortdauernden Studium dieses römischen Rechtes auch dort keineswegs in der Art, wie man es oft befürchtet und vorausgesagt hat, Abbruch gethan. Denn, vorerst behält das römische Recht, für uns und alle Zeiten, einen allgemeinen, inneren, wissenschaftlichen Werth, den es niemals verlieren kann. Sodann kann ihm mittelbar sogar ein fortdauernder, praktischer Werth insofern nicht abgesprochen werden, als es noch immer die Grundlage, ja den Hauptinhalt der neueren particularen deutschen Civilgesetzbücher bildet, und bilden wird. Auch die, eine Zeit lang vorübergehend bestehende scharfe Scheidung der s. g. historischen Schule von deren Gegnern hat in der neuesten Zeit sich fast ganz verloren, indem sie im Grunde nur auf einem, jetzt glücklich gelösten Mißverständnisse beruhte. Im Gegentheile hat sie sich, in ihren Folgen, wohlthätig erwiesen. Denn, daß bei der gelehrten Bearbeitung des römischen Rechtes von Einigen diese, von Anderen jene verschiedene Richtung zunächst und mit besonderer Vorliebe verfolgt wird, ist eben so natürlich, als ersprießlich. Was endlich die Bemühungen mancher unserer neueren gelehrten Juristen betrifft, dem germanischen und insbesondere dem deutschen Rechte eine, seiner vollkommen würdige Stellung, sowohl in theoretischer, als praktischer Hinsicht, anzuwei-

sen, so verdienen dieselben auch von den Bearbeitern des römischen Rechtes, als eine höchst erfreuliche Erscheinung, begrüßt und gefördert zu werden. Denn, richtig beurtheilt, liegt in diesem Streben nicht blos keine Opposition gegen das römische Recht, sondern vielmehr die sehr wahre Erkenntniß, daß nur aus einer gleichmäßigen Bearbeitung derjenigen beiden Elemente, aus denen seit Jahrhunderten unser Rechtszustand in Deutschland zusammengesetzt ist, des römischen und des germanischen Elementes, ein wahrer Fortschritt, sowohl für die Wissenschaft, als für das Leben selbst, zu erwarten ist.

Schließlich folgen hier die Namen der bekanntesten deutschen Schriftsteller über das römische Civilrecht. Dazu gehören, von den noch im siebenzehnten Jahrhunderte Verstorbenen: J. Harpprecht, Chr. Besold, J. Meier, Ben. Carpzov, Fr. Brummer, Dav. Mevius, Jo. Brunnemann, Wolfg. A. Lauterbach, G. Ad. Struve, Joh. Strauch. Von den im achtzehnten Jahrhunderte Verstorbenen: Joh. Schilter, Joh. Nic. Hert, Sam. Stryk, Bernh. Heinr. Reinold, Chr. Thomasius, W. Hier. Gundling, Joh. Heinr. v. Berger, Christ. Wächtler, Christ. Gottfr. Hoffmann, Joh. Sal. Brunnquell, Joh. Gottl. Heineccius, Joh. Balth v. Wernher, Joh. Pet. v. Ludewig, Joh. Friedr. Hombergk zu Vach, Franz Carl Conradi, Just. Henn. Böhmer, Chr. Heinr. Eckard, Chr. Gottl. Schwarz, Augustin v. Leyser, Sam. v. Cocceji, Joh. Aug. Bach, Gottfr. Mascov, Ge. Christ. Gebauer, Ge. Chr. Hamberger, Joh. Dan. Ritter, Carl Ferd. Hommel, Chr. Fr. Ge. Meister, Ernst Mart. Chladenius, Joh. Aug. Hellfeld, Joh. Ludw. Conradi, Fr. Es. v. Pufendorf, Dan. Nettelblatt, Chr. Gottl. Richter, E. Chr. Westphal, Carl Chr. Hofacker, Joh. Ludw. Ernst Püttmann, Joh. Gottfr. Sammet, Ge. Ludw. Böhmer, Ludw. Jul. Fr. Höpfner, Carl Fr. Walch. Von den im neunzehnten Jahrhunderte Verstorbenen (denn die noch Lebenden gehören noch der Gegenwart und insofern noch nicht der Literärgeschichte an) sind folgende zu erwähnen: G. Aug. Spangenberg, Ph. Fr. Weis, Joh. Christoph Koch, Franz Schöman, Gottl. Hufeland, Joh. Ant. Ludw. Seidensticker, Adolph Dietr. Weber, Aug. Corn. Stockmann, Chr.

Gottl. Haubold, Carl Fr. Chriſt. Wenck, Jul. Fr. Malblanc, Albr. Schweppe, Chr. Fr. Glück, Siegm. Wilh. Zimmern, E. Spangenberg, Ferd. Mackeldey, Joh. Nep. v. Wening-Ingenheim, Joh. Paul A. v. Feuerbach, Chr. G. W. Cramer, Walt. Fr. Cloſſius, Joh. Friedr. Ludw. Göſchen, C. A. D. Unterholzner, Clem. Klenze, Ed. Gans, Ant. Fr. Juſt. Thibaut, Joh. Chr. Haſſe, der jüngere Haſſe, Puggè, Ferdin. Kämmerer, Konopak, G. Hugo, G. F. Puchta, W. Sell, C. F. Mühlenbruch, C. O. v. Madai, Egid v. Löhr, J. Chriſtianſen, Heinr. v. Meyerfeld, G. E. Heimbach, Arn. Heiſe, v. Buchholtz, J. A. Seuffert, E. Schrader, Fein, F. A. Biener, W. Girtanner, F. Hänel, Ed. Chambon, C. J. Guyet, F. L. v. Keller, L. G. A. Pernice, E. Platner, v. Holzſchuher, G. Dietzel, Brackenhöft, C. F. v. Savigny, K. Wüſtemann, F. A. Schilling, J. J. Lang.

§. 43.

Das corpus juris civilis.

Den Schluß der bisherigen literarhiſtoriſchen Notizen mögen bilden einige, ganz allgemeine literariſche Nachweiſungen über den Namen, die Einrichtung, die Geſtalt, die Ausgaben und die Citirmethoden unſeres corpus juris civilis.

Der Name corpus juris civilis, zur Bezeichnung ſämmtlicher Rechtsbücher Juſtinian's, als eines Ganzen, iſt allgemein techniſch geworden, beſonders ſeitdem Dionyſius Gothofredus ihn, zuerſt im Jahre 1583, ſeiner Geſammtausgabe als Titel vorgeſetzt hat. Er wird beſonders im Gegenſatze des corpus juris canonici gebraucht. Indeſſen war er doch ſchon weit früher, namentlich ſchon von den Gloſſatoren, zuweilen in einem ähnlichen Sinne gebraucht worden.

In legislativer Beziehung bilden nämlich unverkennbar die drei verſchiedenen Rechtsſammlungen Juſtinian's, die Inſtitutionen, die Pandekten und der Conſtitutionencodex, mit ſeinen natürlichen Anhängen, den Novellen, ein Ganzes. Als ſolches behandelten es auch ſchon die Gloſſatoren und vertheilten die ganze Maſſe auf fünf, auch durch eigene Farben unterſchiedene Bände, volumina, von denen jeder wieder ſeinen beſonderen Namen erhielt.

Die drei erſten Bände kamen auf die Pandekten, und zerfallen, nach einer höchſt eigenthümlichen Eintheilung, in das digestum vetus — infortiatum — digestum novum. Das digestum vetus enthielt nämlich die Pandekten bis Buch XXIV, Titel 2 incl., ſchloß alſo mit dem Titel de divortiis et repudiis. Der zweite Theil, unter dem Namen infortiatum, begann mit dem dritten Titel des Buches XXIV (soluto matrimonio dos etc.) und ging bis Buch XXXVIII incl. Endlich der letzte Theil, unter dem Namen digestum novum, begann mit Buch XXXIX und ging bis zum Schluſſe der Pandekten. Jeder dieſer drei Theile zerfällt noch daneben in zwei partes. Das infortiatum hat ſogar noch eine dritte Pars, welche die tres partes genannt wird, weil ſie mit den Worten: „tres partes ferant legatarii", mitten im Satze der lex 82 ad legem Falcidiam (XXXV, 2.), beginnt. Ueber den Namen und über den Sinn dieſer Eintheilung, vorzüglich über den Namen infortiatum, ob er blos zufällig entſtanden, oder einen beſonderen Zuſammenhang hatte, iſt viel geſtritten worden.

Das vierte volumen, ſpecieller mit dem Namen codex repetitae praelectionis bezeichnet, enthielt den Conſtitutionencodex. Doch nur die neun erſten Bücher deſſelben, indem man anfangs nur dieſe kannte, und die drei letzten erſt ſpäter auffand. Es erklärt ſich das daraus, weil die Abſchreiber die letzteren für das Privatrecht für weniger wichtig anſahen und daher meiſtens wegließen.

Der fünfte Band, volumen ſchlechtweg, wegen ſeines mannigfachen Inhaltes und geringeren Umfanges auch volumen parvum genannt, umfaßte alles Uebrige, alſo, abgeſehen von einigen weiter unten zu erwähnenden, fremdartigen Zuthaten, die Inſtitutionen, den liber authenticarum, d. h. die Novellen, und die tres libri, d. h. die drei letzten Bücher des Codex.

Dieſe Eintheilung in fünf volumina findet ſich auch noch in den älteſten Druckausgaben. Doch befolgte man ſpäterhin eine andere Anordnung, wonach die Rechtsbücher Juſtinian's ſo auf einander folgen: die Inſtitutionen, die Pandekten, der Codex und die Novellen.

Uebrigens fing man ſchon früh an, den eigentlichen Rechts-

hüchern Justinian's manche andere, zum Theil sehr fremdartige, Anhänge zu geben, die sich daher auch in den meisten Ausgaben des corpus juris finden. Dahin gehören: die 13 s. g. Edicte Justinian's, welche eigentlich Novellen dieses Kaisers sind, aber, ihrem Inhalte nach, darum weniger allgemeines Interesse darbieten, weil sie zum Theil mehr eine particulare Natur haben, indem sie sich auf den Bezirk einzelner Provinzen, oder Städte beschränken, — 5 Constitutionen von dem Kaiser Justinus dem Jüngeren, — mehrere Constitutionen von dem Kaiser Tiberius dem Jüngeren, — noch eine Reihe anderer Constitutionen von Justinianus, Justinus und Tiberius, — 113 Novellen von dem Kaiser Leo, — eine Constitution von dem Kaiser Zeno, — eine Reihe von Constitutionen verschiedener Kaiser unter dem gemeinschaftlichen Titel: imperatoriae constitutiones, — canones sanctorum et venerandorum apostolorum, libri feudorum, — einige Constitutionen vom Kaiser Friedrich II, — zwei Verordnungen Kaiser Heinrich's VII, extravagantes genannt, — liber de pace constantiae. Außerdem enthalten, wenigstens einige Ausgaben des corpus juris civilis, noch andere Anhänge, z. B. Versuche einer Zusammenstellung der zerstreuten Fragmente der XII Tafeln, des prätorischen Edictes u. s. w.

§. 44.

Ausgaben und Uebersetzungen des gesammten corpus juris civilis.

Die vielen Ausgaben des corpus juris civilis zerfallen n solche, welche zugleich auch mit die Glossen zu dem Texte enthalten, glossirte, und in solche, wobei die Glossen weggelassen sind, unglossirte.

I. Als die wichtigsten glossirten Ausgaben verdienen hervorgehoben zu werden:

1) Lugduni apud Sennetonios fratres. 1549 et 1550. in 5 Foliobänden.
2) cura Antonii Contii. Paris. 1576. in 5 Foliobänden.
3) cura Pet. ab Area Baudoza Cestii. Lugd. 1593. in 4 Quartbänden.
4) cura Jo. Fehii. Lugd. 1627. in 6 Foliobänden. Sie ist, der Zeit nach, die letzte Ausgabe mit der Glosse.

II. Unter den nicht gloſſirten Ausgaben ſind hervorzuheben:

1) als die älteſte, die Pariſer vom J. 1527. 12.

2) cura Ludov. Russardi. Lugd. 1561. in 2 Foliobänden. Späterhin noch Antw. 1567. und ibid. 1570. in 7 Octavbänden.

3) cura Ant. Contii. Lugd. 1571. und ibid. 1581. in 15 Duodezbänden.

4) cura Lud. Charondae. Antw. 1575. in Fol.

5) cum notis Dionys. Gothofredi. Edit. princ. Lugd. 1583. in 4. Unter den vielen anderen, theils von ihm ſelbſt, theils von Anderen beſorgten Gothofrediſchen Ausgaben gilt für die beſte die cura Sim. van Leeuwen. Amst. 1663. in Fol. Uebrigens giebt es auch Gothofrediſche Ausgaben ohne Noten, und unter dieſen zeichnen ſich, als bequeme Handausgaben, aus die Elzeviriſchen, beſonders die von 1663 u. 1664. 8., der ſ. g. pars secundus, ſo benannt von dieſem abſichtlichen Druckfehler. Daß er der einzige ſei, iſt unwahr.

6) ex recens. Ge. Chr. Gebaueri, cura Ge. Aug. Spangenbergi. Gotting. 1776—1797. in 2 Quartbänden. Für die Pandekten iſt dabei benutzt eine neue Vergleichung des Florentiniſchen Manuſcriptes, welche Brencmann in den Jahren 1709 u. 1710 vorgenommen.

7) ex rec. J. L. G. Beck. Lips. 1825—1836.

8) Corp. jur. civ. recognoverunt Alb. et Maur. Kriegelii. Lips. 1833.

9) Von der, mit großem kritiſchen Fleiße und Apparate von Schrader veranſtalteten Ausgabe ſind bis jetzt nur die Inſtitutionen erſchienen. Berol. 1832. 4.

III. Nicht ſowohl eigentliche Ausgaben des wahren corpus juris civilis, als vielmehr künſtlich gebildete Syſteme, mittelſt einer ſelbſtgewählten Zuſammenſtellung der einzelnen Bruchſtücke des corpus juris, bilden die ſ. g. reconcinnirten Ausgaben. Dahin gehört Eusebius Beger corp. jur. civ. reconcinnatum, cum praefatione Senckenbergii. Frcf. et Lips. 1768. 4. in drei Bänden. Ferner läßt ſich hierher wenigſtens einigermaaßen zählen R. S. Pothier Pandectae Justin. in novum ordinem dig. cet. Par. 1748—1752. zuletzt Par. 1818—1821.

IV. Eine deutſche Ueberſetzung des geſammten corpus

juris haben wir von K. E. Otto, B. Schilling und C. F. Sintenis. Leipz. 1830—1834. 8. in sieben Bänden.

§. 45.

Ausgaben und Handschriften der einzelnen Theile des corpus juris.

Betrachten wir specieller die einzelnen Rechtsbücher Justinian's, als solche, ihren literarischen Schicksalen nach, und zwar, nach der jetzt gewöhnlichen Reihenfolge:

I. die Institutionen, so hat sich davon zwar eine bedeutendere Anzahl Manuscripte erhalten, als von den übrigen Theilen des corpus juris. Doch scheint kein vollständiges über das zehnte Jahrhundert hinauszureichen, vielmehr sind die meisten aus dem vierzehnten und fünfzehnten Jahrhunderte. Nur ein Bruchstück davon, in der veronesischen Capitularbibliothek, bestehend aus drei Quartblättern, scheint aus dem siebenten Jahrhunderte zu sein.

Unter den besonderen Ausgaben der Institutionen verdienen vorzüglich bemerkt zu werden:

Unter den glossirten:

die editio princ. von Peter Schöffer von Gernsheim. Mogunt. 1468. in Fol.

Unter den unglossirten:

1) ex rec. Greg. Haloandri. Norimb. 1529.
2) cura Jac. Cujacii. Paris. 1585. in Fol.
3) ed. Fr. Aug. Biener. Berol. 1812. in 8.
4) edd. C. A. C. Klenze et E. Boecking. Berol. 1829. in 4. (in Verbindung mit den Commentarien von Gaius).
5) cura Ed. Schraderi. Berol. 1832 in 4. auch stereotypirt Berol. 1836. 12.

II. Wenden wir uns nun zu den Pandekten, so haben wir freilich davon eine große Menge Manuscripte; allein sie enthalten meistens nur einzelne Theile der Pandekten und gehen nicht über das zwölfte Jahrhundert zurück. Doch ist uns in der Florentinischen eine sehr alte und vollständige Handschrift erhalten, welche, wenn sie auch nicht, wie die Glossatoren glaubten, unmittelbar aus Justinian's Zeit herrührt, doch jedenfalls in das siebente Jahrhundert gesetzt werden zu können scheint. Sie befand sich bis zu dem Jahre 1406 in Pisa, und kam von

dort nach Florenz. Daher der doppelte Name, Litera Pisana und Florentina. Aus ihr, doch wahrscheinlich in Verbindung mit manchen anderen, nachher für uns verloren gegangenen Handschriften, die zum Theil von nicht unbedeutendem Werthe gewesen zu sein scheinen, sind die, im Gegensatze der Florentina, so genannten Vulgatmanuscripte hervorgegangen. Litera communis s. Bononiensis.

Unter den Ausgaben der Pandekten sind folgende, als in irgend einer Beziehung merkwürdig, hervorzuheben:

1) ed. princ. (mit der Glosse) Digestum vetus. Perug. per Henr. Clayn. 1476. Fol. Infortiatum. Romae per Vitum Pücher. 1475. Fol. Digestum novum per Vitum Pücher. Rom. 1477. Fol.
2) ex rec. Greg. Haloandri (Hoffmann aus Zwickau). Norimb. 1529. in 4. (ohne Glosse). Lectio Haloandrina s. norica.
3) cura Laelii et Francisci Taurelliorum. Flor. 1553. in Fol. (ohne Glosse).

III. Was den Constitutionencodex betrifft, so haben wir davon keine Handschrift, welche, an Alter und sonstigem Werthe, mit der Florentina zu vergleichen wäre. Vielmehr scheinen die Codexmanuscripte zum Theil sehr nachlässig geschrieben zu sein. Daher lauten nicht nur oft die In- und Subscriptionen verschieden, sondern fehlen nicht selten ganz. Es sind ferner nicht selten ganze Constitutionen weggelassen, namentlich die griechischen, welche die Abschreiber vielleicht nicht verstanden. Erst durch die Bemühungen der Glossatoren ist der Text des Codex etwas vollständiger geworden. Aber auch noch viel später, besonders im sechzehnten Jahrhunderte, sind manche Constitutionen erst von Augustinus, Charondas, Cujacius und Contius, in der neuesten Zeit auch noch von Witte, Biener und Heimbach, aus griechischen Sammlungen, zum Theil aus den Basiliken, wiederhergestellt worden. Diese s. g. leges restitutae sind schon an der ganz fehlenden, oder wenigstens mangelhaften In- und Subscription in den Ausgaben des corpus juris, in welchen sie sich schon finden, äußerlich erkennbar. Doch fehlen wahrscheinlich jetzt noch manche. Der Grund, warum die meisten Codexmanuscripte blos die neun ersten Bü-

cher enthalten, hängt mit einer schon oben gemachten Bemerkung zusammen.

Unter den Ausgaben des Codex sind hervorzuheben:

1) die (glossirte) edit. princ. (für die neun ersten Bücher). Mogunt. per Petr. Schoyffer de Gernsheym. 1475. Fol. (für die drei letzten Bücher) Rom. per Vitum Pücher. 1476. Fol.

2) ex rec. Greg. Haloandri. Norimb. 1530. Fol.

IV. Was endlich die Novellen betrifft, so erklärt es sich sehr einfach aus der Geschichte ihrer Abfassung und aus dem Umstande, daß sie nicht unter öffentlicher Auctorität von Justinian in eine Sammlung gebracht worden, warum gerade hier es uns so sehr an vollständigen älteren Handschriften mangelt, und warum manche Novellen zum Theil erst so spät und stückweise wieder aufgefunden worden sind. Damit, so wie überhaupt mit den späteren Schicksalen der Novellen unter Justinian's Nachfolgern, hängt es ferner zusammen, daß die handschriftlichen Sammlungen, die wir von den Novellen haben, sowohl in Rücksicht der Zahl der darin aufgenommenen Novellen, als in Rücksicht der Sprache, sehr von einander abweichen. Es giebt nämlich, abgesehen von dem nicht hierher gehörigen, sondern schon früher erwähnten [1]) lateinischen Auszuge, der epitome Novellarum von Julian, eine orientalische Sammlung von 168 Novellen in griechischer Sprache, und eine occidentalische Sammlung von 134 lateinisch abgefaßten Novellen. Die Glossatoren hielten sich, nach dem Obigen, [2]) an die letztere.

Unter den Ausgaben der Novellen sind hervorzuheben:

Als glossirte: die edit. princ. Romae per Vitum Pücher. 1476. Fol. (in Verbindung mit den letzten Büchern des Codex). Sie enthält die 97 recipirten Novellen des Authenticum, nebst einigen authenticae extravagantes, und zwar blos den lateinischen Text der versio vulgata.

Als ungloſſirte Ausgaben: 1) graece et latine cura Greg. Haloandri. Norimb. 1531. Fol.

2) graece cum Novellis Leonis et Justiniani edictis XIII. ex rec. Henr Scrimgeri. Genev. 1558. Fol.

3) ed. Contii. Paris. 1559. Fol.

[1]) S. §. 38.

[2]) S. §. 40.

4) Novellae constitutiones ex graeco in latinum conversae et notis illustratae a J. F. Hombergk zu Vach. Marb. 1717. 4.

5) Eine neue Ausgabe der Novellen mit reichem kritischen Apparate von G. E. Heimbach ist unter dem Namen Authenticum Lips. 1851. erschienen.

§. 46.

Die verschiedenen Arten, das römisch-justinianische Recht zu citiren.

Von jeher wurden zwar, seitdem im Mittelalter das wissenschaftliche Studium des römischen Rechtes wieder auflebte, die einzelnen Rechtsbücher Justinian's nicht blos als Theile des gesammten corpus juris, sondern auch als selbstständige Werke citirt und genannt. Aber im Uebrigen hat die Allegirmethode mehrmals gewechselt, und noch in den neuesten Zeiten hat man sie auf verschiedenen Wegen, theils zu vereinfachen, theils auch sonst zu verbessern gesucht.

I. Zur Bezeichnung der Institutionen bedienten sich die Glossatoren folgender Abkürzungen: inst. — ist. — instit. — institu. Jetzt ist die Bezeichnung durch: I. oder: Inst. die gewöhnliche geworden.

Zur Bezeichnung der Pandekten, oder Digesten, bedienten sich die Glossatoren und ihre Nachfolger bald eines P. oder p. oder π., bald eines D. oder eines ff., welches letztere wohl aus einem verschlungenen D. entstanden ist.

Zur Bezeichnung des Codex dienten zu allen Zeiten die Buchstaben C. oder Cod. Soll der Justinianische Codex von dem Theodosianischen schärfer unterschieden werden, so wird ersterer als C. J. (oder: Cod. Just.), letzterer als C. Th. (oder: Cod. Theod.) citirt.

Die Novellen citirten die Glossatoren, als Authentiken, mit der Abkürzung: auth. oder: aut. oder: autent. Jetzt citirt man sie, als Novellen, mit N. oder: Nov. Von den vorjustinianischen, oder nachjustinianischen Novellen sind die von Justinian dadurch unterschieden, daß die anderen immer mit Nennung des Kaisers, von welchem sie herrühren, citirt werden, z. B. Nov. Valentiniani, Nov. Leonis.

II. Zur Bezeichnung der verschiedenen Titel in den Insti-

tutionen,[1]) Pandekten und dem Codex, in welchen die einzelne, zu allegirende Stelle steht, nannte man, nach dem Beispiele der Glossatoren, lange die Rubrik des Titels, z. B. inst. de rerum divisione. — D. de peculio. Es war dieses damals um so natürlicher, weil die einzelnen Titel noch nicht so genau, wie jetzt, numerirt waren. Da übrigens in den Pandekten drei Bücher, ohne weitere Titelabtheilung, unter derselben Rubrik: de legatis et fideicommissis vorkommen (lib. XXX—XXXII.), so unterscheidet man sie bei dem Citiren durch beigefügte Zahlen, z. B. de legatis III. In der neueren Zeit ziehen es Viele vor, den Titel durch Angabe der Zahl des Buches und des Titels darin zu allegiren, z. B. Inst. I, 2. oder: Dig. XV. 1., während andere die Citirart nach der Rubrik des Titels beibehalten haben. Unverkennbar läßt sich für beide Methoden etwas anführen. Jene ältere hat das für sich, daß nicht selten schon das bloße Nennen der Titelrubrik sofort ein erklärendes Licht auf die daraus entlehnte Stelle und ihren wahren Sinn wirft. Man wird ferner dadurch mit der ganzen Oekonomie, dem ganzen Systeme der justinianischen Rechtsbücher mehr vertraut und bewandert, was theils für das tiefere Eindringen in den Geist der Rechtsbücher selbst nicht unwichtig ist, theils das Benutzen der Citate aus der Glosse und aus älteren Schriften, die noch jene Citirart befolgen, ungemein erleichtert, während die Unbekanntschaft mit den Titelrubriken ein solches Nachschlagen äußerst lästig macht. Endlich wird, bei dem Allegiren nach der Titelrubrik, nicht so leicht, wie bei dem nach Zahlen, ein Versehen unterlaufen. Dagegen läßt sich für die neuere Methode ihre größere Einfachheit anführen, ferner der Umstand, daß die Worte der Titelrubriken keineswegs in allen Handschriften und Ausgaben ganz gleich lauten, so wie die bedeutende Schwierigkeit, mit welcher man, besonders Anfangs, bis man sich völlig mit der Buch- und Titelfolge der Sammlungen bekannt gemacht hat, bei dem Nachschlagen und Aufsuchen der Stellen zu kämpfen hat. Daher

[1]) Uebrigens haben nicht alle Institutionenausgaben ganz gleiche Zahl der Titel. Namentlich zählen manche im dritten Buche 29, andere 30 Titel. Es kommt dieses daher, weil der in vielen Ausgaben stehende Titel 7 de servili cognatione in anderen Ausgaben nur den letzten Theil des unmittelbar vorhergehenden Titels de gradibus cognationis bildet.

möchte vielleicht die schon von Vielen versuchte Verbindung beider Methoden, indem man, neben und nach der Titelrubrik, auch die Zahlen anführt, den Vorzug verdienen, weil dadurch, mit einem geringen Aufwande von Zeit und Raum, die Vortheile beider Methoden vereinigt werden. Z. B. Inst. II. 1. de rerum divisione. oder: Dig. XV, 1. de peculio. Auch hat es nichts gegen sich, die längeren Titelrubriken durch Abkürzungen aller Art zu vereinfachen, insofern nur dadurch keine Verwechselung mit anderen ähnlichen Rubriken herbeigeführt wird. Solche Abkürzungen bestehen bald darin, daß man nur die ersten Worte der Titelrubrik namhaft macht, wie z. B. de usuris, statt der vollständigen Rubrik: de usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora; bald bestehen sie darin, daß man blos die Anfangsbuchstaben gewisser Rubriken anführt, z. B. D. de R. J. (de diversis regulis juris antiqui,) — de V. S. (de verborum significatione).

III. Die einzelnen Stellen in den Titeln der Rechtsbücher citirte man lange Zeit, nach dem Vorgange der Glossatoren, mit dem Namen leges, durch l. oder L. abgekürzt. In der neueren Zeit nennen Viele dafür jede einzelne Stelle aus den Pandekten fragmentum, abgekürzt durch fr. oder fragm., so wie die einzelne Stelle aus dem Codex constitutio, abgekürzt durch: c. oder: const. Ganz allgemein hat sich keine dieser Methoden geltend zu machen gewußt.

Wo nun, wie es oft der Fall ist, das Fragment, oder die Constitution in kleinere Abschnitte, namentlich in Paragraphen eingetheilt ist, da muß auch dieser kleinere Abschnitt der Stelle, worin diejenigen Worte, auf welche es zunächst ankommt, stehen, mit citirt werden. Da aber zur Zeit der Glossatoren jene einzelnen, größeren und kleineren Abschnitte noch nicht so, wie jetzt, genau durchnumerirt waren, so sah man sich genöthigt, dieselben nach den Anfangsworten zu citiren. So allegirte man z. B. inst. de rerum divisione §. literae quoque. Oder: D. de peculio l. si noxali judicio. §. quod autem. Ferner: C. de pactis l. pacta novissima. Befinden sich nun in demselben Titel mehrere Stellen, welche mit denselben Worten anfangen, so fügte man jenen Anfangsworten noch die Zahl 1, 2 oder 3 u. s. w. bei, um dadurch anzudeuten, daß es, der Reihenfolge nach, die erste, zweite, dritte Stelle dieser Art sei, welche man allegiren wolle. Auch wurden

die letzten, oder vorletzten Stellen, oder Paragraphen als ult. oder penult. citirt. Dabei bediente man sich noch des Zeichens I. (infra), oder S. (supra), um anzudeuten, daß man eine spätere, oder frühere Stelle desselben Titels, oder einen späteren, oder früheren Titel meine. Unverkennbar bietet jene ältere Citirweise nach den Anfangsworten der Stelle, solange man nicht mit den Rechtssammlungen durch lange Uebung sehr vertraut geworden, große Schwierigkeiten dar. Darum hat man sie allmählig verlassen und citirt jetzt allgemein die einzelnen Stellen, mit ihren Paragraphen, nach der Zahl; z. B. §. 33. I. II, 1. de rer. divis. — fr. 11. §. 6. D. XV, 1. de peculio. — c. 3. §. 1. C. VI, 43. communia de legat. Findet sich in einem Pandekten- oder Codextitel nur ein einziges Fragment, oder nur eine einzige Constitution, so citirt man eine solche Stelle als lex unica. Z. B. c. un. C. VI. 51. de caducis tollendis. Soll der Anfang, der erste Abschnitt einer in mehrere Paragraphen zerfallenden Stelle der Institutionen, der Pandekten, oder des Codex citirt werden, so braucht man dafür den Namen principium, mit der Abkürzung: pr. oder: princ., z. B. pr. I. de nuptiis. Nur die authenticae im Codex werden noch jetzt allgemein nach den Anfangsworten citirt; z. B. auth. sacramenta puberum. C. II. 28. si adversus vend. Eben so diejenigen Constitutionen Justinian's, welche, als Publications- oder sonstige allgemeine erläuternde Patente, den Pandekten und dem Codex vorausgeschickt sind; z. B. const. Haec, quae necessario. — const. Cordi nobis.

IV. Was insbesondere noch die Novellen betrifft, so werden auch diese jetzt ganz anders citirt, wie ehemals. Denn die Glossatoren setzten nach dem Worte: authent. erst die Rubrik des Titels, unter welchem sich die Novelle in ihren damaligen Sammlungen befand, dann das, was wir jetzt Capitel der Novellen nennen, unter dem Namen und Zeichen von Paragraphen, nach den Anfangsworten, endlich auch die Collation. Z. B. authent. de hered. ab intest. §. si quis. coll. IX. Jetzt aber, seitdem in den gewöhnlichen Ausgaben des corpus juris die 168 Novellen durch alle Collationen fortlaufend durchgezählt werden, citirt man weit einfacher nach der Zahl der Novelle, ihres Capitels und des Paragraphen; z. B. Nov. 22. cap. 15. Den Anfang und das Ende citirt man, bei längeren Novellen, als praef. (praefatio) und epil. (epilogus).

V. Noch iſt für die heutige Citirmethode Folgendes zu bemerken.

Will man blos die Ueberſchrift eines Titels citiren, ſo ſchreibt man: Rubr. (rubrum) tit. nebſt Beifügung dieſer Rubrik ſelbſt. Z. B. Rubr. tit. Cod. si quis aliquem testari prohibuerit, vel coëgerit. Will man überhaupt andeuten, daß in einem ganzen Titel mehrere Beweisſtellen liegen, welche in ihrer Vereinigung zu berückſichtigen ſind, ſo citirt man gewöhnlich: totus titulus, oder: toto titulo, abbrevirt: tot. tit. oder t. t.

Will man umgekehrt zunächſt auf gewiſſe Worte einer beſtimmten Stelle aufmerkſam machen, ſo fügt man dem Citate am Ende noch hinzu: verb. oder: in verb. (verbis), nebſt den fraglichen Worten ſelbſt, oder doch wenigſtens den Anfangsworten. Die Gloſſatoren brauchten dafür die Zeichen: ver. oder: vers. (versiculo, versibus).

Steht ein zu beweiſender Rechtsſatz nicht geradezu in einer Stelle des corpus juris, und will man ihn nur analogiſch durch eine zunächſt von etwas Anderem redende Stelle beweiſen, ſo citirt man dieſe letztere Stelle mit dem Zuſatze: ar. oder: arg. (argumento).

Zweiter Theil.

Das römiſche Privatrecht ſelbſt in ſeinen Grundzügen.

Erſtes Buch.

Allgemeine Grundſätze über die Rechte, deren Arten, Ausübung, Verfolgung und Schutz.

§. 47.

Begriff und allgemeine Vorausſetzungen eines jeden Rechtes.

Recht, jus, in dieſem ſ. g. ſubjectiven Sinne des Wortes, heißt der vom Staate anerkannte und geſchützte Anſpruch einer Perſon auf einen beſtimmten Gegenſtand, wodurch dieſer letztere, in irgend einer Beziehung, bald mehr, bald weniger, dem Rechtswillen des Berechtigten unterworfen wird.

Zur Begründung eines jeden ſolchen Rechtes gehört dreierlei. Vorerſt ein fähiges Subject, welchem, als Träger deſſelben, das Recht zugeſchrieben werden ſoll. Sodann ein fähiger Gegenſtand, an welchem das Recht zuſtehen kann und ſoll. Endlich eine gewiſſe Thatſache, an deren Eintritt, nach juriſtiſchen Grundſätzen, die Erwerbung des Rechtes geknüpft iſt.

Alle drei Erforderniſſe beſtimmen ſich ſpecieller nach der Art des in Frage ſtehenden Rechtes, und iſt deßhalb das Genauere darüber, bei Gelegenheit der abzuhandelnden einzelnen Arten dieſer Rechte ſelbſt, zu bemerken. Nur einige allgemeine Grundſätze über die Erwerbung und die, damit zum Theil in genaueſter Verbindung ſtehende Erlöſchung der Rechte, weil ſie mehr, oder we-

niger, allen gemeinsam sind, sollen schon hier ihren Platz im Systeme finden.

§. 47a.

Der Erwerb und der Verlust der Rechte im Allgemeinen.

Allerdings setzt sowohl der Erwerb, als auch das Erlöschen eines Rechtes, nach dem Obigen, immer und wesentlich eine bestimmte, jene juristische Folge nach sich ziehende Thatsache voraus, einen s. g. Entstehungs- und Beendigungsgrund des Rechtes. Dieser besteht nun nicht selten in einer bestimmten, oft sogar zunächst zu diesem Zwecke vorgenommenen Handlung einer Person. Allein es kann sich jene juristische Folge auch an eine andere Thatsache knüpfen, welche sich nicht als eine solche Handlung darstellt, z. B. an den Ablauf einer gewissen Zeit. Zuweilen muß sogar beides zusammentreffen.

Bleiben wir nun bei den *Handlungen* stehen, so erscheinen sie, insofern sie nicht etwa juristisch ganz indifferent sind, entweder als gesetzlich erlaubte, oder als gesetzlich unerlaubte. Immer aber müssen sie, um als wahre Willenshandlungen juristisch in Betrachtung zu kommen, von einer solchen Person ausgehen, welche nicht blos überhaupt, nach den darüber geltenden allgemeinen Rechtsgrundsätzen, Handlungs- und Willensfähigkeit, sondern auch gerade denjenigen Grad von Willensfähigkeit hat, wie ihn die Gesetze, für gewisse Arten von juristischen Handlungen, um bestimmte rechtliche Folgen daran zu knüpfen, verlangen.

Eine besonders wichtige Gattung der Handlungen bilden die eigentlichen *Rechtsgeschäfte*, *negotia*. Es sind das erlaubte Handlungen, durch deren Vornahme der Handelnde auch wirklich selber eine gewisse bestimmte Veränderung in Rechtsverhältnissen, als Zweck, beabsichtigt, sei es nun die Begründung eines neuen, oder die Wiederaufhebung, oder Modificirung eines bereits bisher bestandenen Rechtsverhältnisses. Dadurch unterscheiden die Rechtsgeschäfte sich theils von juristisch indifferenten, theils von gesetzlich unerlaubten Handlungen, bei welchen letzteren die rechtlichen Wirkungen, von dem Willen des Handelnden ganz unabhängig, eintreten. Es zerfallen übrigens diese Rechtsgeschäfte, unbeschadet ihrer sonstigen allgemeinen Natur, in einseitige und in zweiseitige. Ersteres, wenn sie, ihrem Wesen nach, auf der Willensäußerung einer einzigen, dabei thätigen Person beruhen, wie

z. B. Testamente. Zweiseitige heißen sie dagegen dann, wenn sie, ihrer eigenthümlichen Natur nach, immer nur durch das Zusammentreffen der Willensäußerung zweier, oder mehrerer Personen in demselben Punkte zu Stande kommen. Dahin gehören die Verträge.

Beide Arten von Rechtsgeschäften können, ihrem Inhalte nach, sich auf ihren wesentlichen Hauptzweck, wie dieser durch die rechtliche Natur des in Frage stehenden Geschäftes schon von selbst gegeben ist, beschränken. Sie können aber auch mit Hinzufügung von mancherlei, mehr zufälligen, willkürlich von den Interessenten beliebten Nebenbestimmungen, oder Clauseln, abgeschlossen werden. Zu solchen Nebenbestimmungen gehören nun namentlich die conditiones, Bedingungen, im engeren Sinne des Wortes. Sie bestehen in der Hinzufügung, oder Erwähnung irgend eines künftigen, noch ungewissen, sich nicht sonst schon, nach der besonderen Natur des in Frage stehenden Rechtsgeschäftes, von selbst verstehenden Ereignisses, bis zu dessen Eintritte noch vorerst irgend etwas bei dem Rechtsgeschäfte, nach dem Willen der Interessenten, im Schweben, im Ungewissen bleiben soll, entweder der Anfang, oder das Ende desselben. Es soll nämlich entweder die ganze Wirksamkeit und rechtliche Existenz des Geschäftes bis zum Eintritte jenes Ereignisses vorerst noch hinausgeschoben werden (s. g. Suspensiv-Bedingung); oder es soll das gleichanfangs, seiner Existenz nach, wirksame Rechtsgeschäft mit dem Eintritte jenes Ereignisses sich rückwärts wieder auflösen (s. g. Resolutiv-Bedingung). Davon unterscheidet sich wesentlich der dies, d. h. die Hinzufügung eines künftigen, aber jedenfalls dereinst ein Mal eintretenden Zeitpunktes, Termines, von dessen Eintritte zwar nicht die rechtliche Existenz und die sofortige Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes abhängig gemacht ist, wohl aber der Anfangspunkt, oder das Ende des dadurch begründeten Rechtsverhältnisses. Sowohl von jener conditio, als von diesem dies unterscheidet sich wieder, in jeder Beziehung, unter dem Namen modus, eine eigenthümliche Nebenbestimmung, die wenigstens gewissen Rechtsgeschäften beigefügt werden kann. Ob nun überhaupt ein Rechtsgeschäft dergleichen Nebenbestimmungen zuläßt, oder nicht, und welche rechtliche Folgen sich an die trotzdem geschehene Beifügung unzulässiger Nebenbestimmungen knüpfen, ob sie namentlich die Ungültigkeit des ganzen Rechtsgeschäftes nach

sich zieht, oder ob nur die Nebenbestimmung als gar nicht beigefügt betrachtet wird, das hängt zum Theil von der besonderen Art des in Frage stehenden Rechtsgeschäftes ab.

Im älteren römischen Rechte gab es sehr viele Rechtsgeschäfte, welche, wenn sie Gültigkeit haben sollten, von den Interessenten immer in eigener Selbstperson vorgenommen werden mußten, also keine Stellvertretung zuließen. Doch wurde das Unbequeme, was diese Beschränkung für den Verkehr hatte, dadurch bedeutend gemildert, daß der Inhaber einer potestas durch die seiner Gewalt unterworfenen Personen Rechte erwerben konnte. Im neueren römischen Rechte ist umgekehrt regelmäßig Vornahme von Rechtsgeschäften auch durch freie Stellvertreter, Procuratoren, zugelassen, und nur einige Rechtsgeschäfte, die eine strengere civilrechtliche Theorie haben, machen davon eine besondere Ausnahme.

§. 48.

Verschiedenheit und Eintheilung der Rechte, nach ihrem Umfange und Gegenstande.

Die erschöpfendste und durchgreifendste Eintheilung der Rechte und der dadurch bedingten Rechtsverhältnisse ist die, nach ihrem Gegenstande, und nach ihrem Umfange.

I. Nach ihrem *Gegenstande*, indem gefragt wird, *woran* sie zustehen, *worauf* sie gerichtet sind? Dieser mögliche Gegenstand des Rechtes kann nun sein, entweder eine Person, oder eine Sache, oder eine Handlung.

A. Die Rechte, welche uns an einer Person zustehen, lassen sich auf eine doppelte Weise denken:

1) als Rechte, welche uns zunächst an *unserer eigenen Person*, und *auf dieselbe* zustehen. Der Staat erkennt nämlich in uns an und garantirt uns gewisse persönliche Eigenschaften, welche deßhalb juristisch so wichtig sind, weil dadurch unsere ganze Rechtsfähigkeit, mehr oder weniger, bedingt wird. Auf der allgemeinen Anerkennung dieser Eigenschaften beruht unsere *Persönlichkeit* und die dadurch bedingte Rechtsfähigkeit. Gerade deßhalb bildet in der That unsere Person selbst den eigentlichen Gegenstand dieser Rechte, und in der Anerkennung derselben verlangen wir Anerkennung *unserer Person*. Dahin gehören nun namentlich, nach römischer Auffassung, die Rechte auf An-

erkennung unseres status, unserer Freiheit, unserer Civität und unserer Eigenschaft als Mitglieder einer Familie, als Agnaten. Der Name jura status et familiae dafür ist zwar ganz passend, findet sich aber, als technischer, in unseren Rechtsquellen selber nicht.

2) Als Rechte, welche uns an einer fremden Person zustehen, d. h. an einem anderen Menschen, der nicht etwa, wie der servus, blos als Sache, sondern wirklich als Person in Betracht kommt, also an einem freien Menschen. Der Staat erkennt nämlich an und schützt gewisse Familienverhältnisse, wodurch die eine Person, als die berechtigte, über eine gewisse andere Person eine, mehr oder weniger strenge, Familiengewalt und Herrschaft, potestas, in der Art erhält, daß dadurch wirklich dieser Andere, nicht etwa blos zu gewissen bestimmten Handlungen und Leistungen obligirt, sondern schon im Allgemeinen, für seine Person, dem Familienoberhaupte unterworfen wird. Daß dieses auch die römische Auffassung von jenen Familiengewalten war, beweist auf das Bestimmteste der Ausdruck: personae alieno juri subjectae, womit dergleichen Familienuntergebene bezeichnet werden. Man kann dergleichen Rechte zwar ganz passend jura potestatis nennen, doch findet sich auch dieser Gattungsname nicht, als technischer, in unseren Rechtsquellen.

B. Außer der Person, der eigenen oder fremden, können aber auch äußere Objecte, welche nicht Personen sind, den Gegenstand unserer Rechte bilden, und diese äußeren Objecte gehören dann zu unserem Vermögen. Das läßt sich aber wieder in doppelter Art denken. Denn es können

1) Sachen im engeren Sinne, res, den Gegenstand unserer Rechte bilden, indem dadurch zunächst und unmittelbar diese Sachen selbst unserer Herrschaft und unserem Rechtswillen, mehr oder weniger vollständig, unterworfen werden. Rechte solcher Art heißen deßhalb jura in re, Rechte an Sachen. Dahin gehören das Eigenthumsrecht und die jura in re aliena. Es können aber auch

2) bestimmte Handlungen und Leistungen anderer Personen insofern den Gegenstand unseres Rechtes bilden, als dadurch zunächst nur jene bestimmten Handlungen, deren Leistung wir von der anderen Person zu fordern berechtigt sind, unserer Herrschaft und unserem Rechtswillen unterworfen werden.

Von den Rechten aus den oben erwähnten Familiengewalten unterscheiden sich die hier in Frage stehenden dadurch, daß durch sie zunächst keine Gewalt über die Person, als solche, wodurch sie als juri nostro subjecta erscheint, begründet wird. Vielmehr verbleibt der Verpflichtete hier, abgesehen von den einzelnen Handlungen und Leistungen, welche er schuldig ist, in seiner vollen Selbstständigkeit, und macht daher auch, durch Vornahme der bestimmten schuldigen Handlungen, dem ganzen Rechte, aus dem er bisher verpflichtet war, ein Ende. Solche Rechte auf bestimmte Handlungen und Leistungen anderer Personen heißen obligationes, Forderungen. Man nennt sie auch wohl persönliche Rechte, weil sie die einzigen Rechte sind, denen immer und wesentlich nur die Verbindlichkeit einer einzelnen bestimmten Person entspricht. Zu den Vermögensrechten gehören sie aber deßhalb, weil dergleichen Forderungen nur auf die Leistung solcher Handlungen gerichtet sein können, welche für den Berechtigten irgend ein Vermögensinteresse, einen pecuniären Werth haben und sich nöthigenfalls auf Geldeswerth, als den allgemeinsten Vermögensrepräsentanten, zurückführen lassen.

Daß diese so eben aufgezählten verschiedenen Rechte, trotz ihrer inneren, auf dem Gegenstande beruhenden Verschiedenheit, in gewisser Beziehung in einander überfließen und mit einander zusammenhängen, indem z. B. die jura potestatis indirect auch zu Vermögensrechten führen können, und daher, in gewisser Hinsicht, wie diese behandelt werden, das steht der Eintheilung nicht entgegen. Denn das ist die natürliche Folge davon, daß das Recht überhaupt ein organisches Ganzes bildet, welches ohne einen solchen allgemeinen Zusammenhang aller Theile nicht gedacht werden kann.

Die Römer selbst gehen insofern von der eben angegebenen Eintheilung der Rechte aus, als sie alle erwähnten Gattungen derselben, dem Namen und der Sache nach, unterscheiden. Auch hängt damit entschieden zusammen der von den römischen Juristen an die Spitze eines ihrer am meisten verbreiteten Rechtssysteme gestellte Grundsatz, daß alles Recht sich entweder auf personae, oder auf res, oder auf actiones beziehe. Es werden hiernach alle abzuhandelnden Rechtsverhältnisse auf drei Hauptclassen zurückgeführt, auf das jus, quod ad personas, auf das jus, quod ad res, und endlich auf das jus,

quod ad actiones pertinet. Doch ist dabei die Bedeutung des jus, quod ad actiones pertinet, und sein Verhältniß zu dem jus, quod ad res pertinet, nicht ganz klar. Auch läßt sonst jenes System, trotz seiner sich empfehlenden Einfachheit, doch manches zu wünschen übrig. Deßhalb wird sich dieses Institutionenlehrbuch zwar, in einzelnen Theilen, an das erwähnte römische System genau anschließen, aber doch in anderen davon abweichen. Die Gründe davon lassen sich am zweckmäßigsten beiläufig, bei den einzelnen Haupttheilen selbst, andeuten.

II. Auf ihren Umfang, indem gefragt wird, gegen wen sie zustehen, bezieht sich eine andere, in ihren Folgen sehr wichtige Eintheilung der Rechte. Alle Rechte müssen freilich, ihrer gemeinsamen Natur nach, immer gegen irgend Jemand gerichtet sein, d. h. es muß irgend Jemand dadurch rechtlich verpflichtet werden. Zu diesem Verpflichteten, aber auch nur zu diesem, kommt der Berechtigte dadurch in ein Rechtsverhältniß, und nur von ihm kann daher eine wirkliche Störung der Rechte ausgehen. Gewisse Rechte sind nun von der Art, daß sie den Berechtigten immer nur in ein Rechtsverhältniß zu Einer, vom Anfange an genau bestimmten Person bringen. Diese allein wird dadurch verpflichtet. Daher der Name persönliche Rechte. Sie fallen zusammen mit den oben als Forderungen, obligationes, bezeichneten Rechten und haben immer gewisse bestimmte Handlungen, oder Leistungen, zu welchen jene bestimmte Person verpflichtet ist, zum Gegenstande. Im Gegensatze davon sind alle übrigen Rechte von der Art, daß ihnen eine gleichmäßige Rechtsverbindlichkeit aller übrigen Menschen, mit denen der Berechtigte irgend ein Mal in eine gewisse rechtliche Berührung kommen sollte, entspricht. Nur ist es freilich eine blos negative Verpflichtung, d. h. nicht eine zur positiven Vornahme bestimmter Handlungen, zum Vortheile des Berechtigten, sondern nur die, dem fremden Rechte nicht, durch Störung des dadurch begründeten Rechtsverhältnisses zu dem bestimmten Gegenstande desselben, hindernd entgegenzutreten. Man kann sie deßhalb allgemein verpflichtende Rechte nennen. Auch braucht man oft dafür den Ausdruck dingliche Rechte, weil sie, wo sie überhaupt klagbar sind, eine dingliche Klage, zu ihrem Schutze dem Berechtigten gewähren. Nur ist letzterer Ausdruck insofern zweideutig, als man oft, in einem engeren Sinne, die oben erwähnten Rechte an Sachen,

jura in re, vorzugsweise als dingliche bezeichnet. Die Römer selbst haben keinen gemeinsamen, technischen Ausdruck zur Bezeichnung dieser Rechte, sondern nur den gemeinsamen Namen in rem actio, zur Bezeichnung der aus ihnen hervorgehenden Klage gegen jeden Störer.

Omne autem jus, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones. §. 12. Inst. I, 2. de jure nat. Gai. Inst. I. §. 8.

§. 49.

Ausübung und Schutz der Rechte.

Schon der allgemeine Begriff eines Rechtes bringt es mit sich, daß, wer ein solches hat, auch zur Ausübung desselben befugt ist. Daraus folgt, daß in der bloßen Ausübung des Rechtes, innerhalb seiner wahren Grenzen, niemals ein Unrecht liegt. Nam qui jure suo utitur, nemini facit injuriam. Daraus folgt ferner, daß diejenigen Personen, welche nach der Art und dem Inhalte des in Frage stehenden Rechtes dadurch verpflichtet werden, es auch, als solches, wirksam anerkennen müssen. Darum endlich stellt sich eine jede factische Nichtanerkennung, jede Störung des fremden Rechtes dar als entschiedenes Unrecht. Ein solches braucht der Berechtigte in der That nicht zu dulden. Vielmehr steht ihm ein Anspruch auf wirksamen Schutz dagegen zu. Aber nur auf Rechtsschutz. Denn verboten ist schon im Allgemeinen im Staate Selbsthülfe und Eigenmacht; d. h. der Berechtigte darf nicht, der widerrechtlich versuchten Störung gegenüber, sein Recht durch Anwendung von Privatgewalt, eigenmächtig durchsetzen. Eine solche Selbsthülfe würde nämlich, auf der einen Seite, nicht ausreichen, indem es oft sehr zufällig ist, ob der Berechtigte physisch stark genug ist, sein wirkliches Recht wirksam zu behaupten. Auf der anderen Seite würde aber auch die Gefahr sehr nahe liegen, daß jemand sich ganz ohne Grund, oder wenigstens über die wahren Grenzen hinaus, ein ihm in der That gar nicht zustehendes Recht anmaaßt. Dazu kommt, daß der angeblich Berechtigte, bei der Beurtheilung des etwa zweifelhaften Rechtsverhältnisses, wegen des offenbar vorliegenden eigenen Interesses dabei, als befangen und der Partheilichkeit verdächtig erscheint. Vielmehr bringt es die Rechtsordnung mit sich, daß der Berechtigte gegen factische

Störung seiner Rechte, die er nicht dulden will, die Hülfe der dazu im und vom Staate eingesetzten Obrigkeit, des öffentlichen Richteramtes, zu seinem Schutze anzurufen hat. Je weiter ein Staat in der Befestigung und Ausbildung seines Rechtszustandes vorgeschritten ist, desto seltener werden und müssen die Ausnahmen sein, wo eine gewisse Selbsthülfe gesetzlich erlaubt ist. Eine Erfahrung, welche auch durch die Geschichte des römischen Rechtes bestätigt wird. Denn, manche Fälle der ursprünglich und im ältesten römischen Rechte noch gesetzlich gestatteten, oder sogar gebotenen Selbsthülfe haben sich entweder sehr bald in einen bloßen Schein, in processualische Formen aufgelöst, oder sind ganz verschwunden. Nur ein gewisses, genau begrenztes Selbstvertheidigungsrecht, Nothwehr gegen gefährliche Angriffe auf unsere Person und Sachen, ist übrig geblieben. Umgekehrt ist regelmäßig jede wahre Selbsthülfe, auch da, wo sie nicht schon wegen der Art, wie, und des Mittels, wodurch sie sich äußert, in eine criminell strafbare Gewaltthätigkeit, vis, crimen vis, oder in ein sonstiges anderes besonders bedrohtes Verbrechen ausartet, entschieden verboten. Unter Umständen soll sogar den wirklich Berechtigten der Privatnachtheil treffen, daß er seines mittelst Selbsthülfe durchgesetzten Rechtes verlustig geht. Decretum Divi Marci.

Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur — Nemo damnum facit, nisi qui id facit, quod facere jus non habet. Gaius et Paulus in fr. 55. et 151. D. L. 17. de reg. jur.

Non est singulis concedendum, quod per magistratum publice possit fieri, ne occasio sit majoris tumultus faciendi. Paulus in fr. 176. pr. D. eod.

Exstat enim decretum Divi Marci in haec verba: Optimum est, ut, si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris. Cum Marcianus diceret: vim nullam feci, Caesar dixit: tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? Vis est et tunc, quotiens quis, quod deberi sibi putat, non per judicem reposcit. Quisquis igitur probatus mihi fuerit, rem ullam debitoris, vel pecuniam, non ab ipso sibi sponte datam, sine ullo judice temere possidere, vel accepisse, isque sibi jus in eam rem dixisse, jus crediti non habebit. Callistratus in fr. 13. D. VI, 2. quod metus causa.

Vim vi repellere licere, Cassius scribit, idque jus natura comparatur. Ulpian. in fr. 1. §. 27. D. XLIII, 16. de vi.

§. 50.

Der Civilproceß im Allgemeinen.

Die Grundsätze darüber, bei welcher vom Staate dazu eingesetzten Obrigkeit, als dem competenten Richter, wir den nöthigen Schutz für unsere bereits verletzten, oder wenigstens bedrohten Privatrechte anzurufen haben, so wie darüber, in welcher Form dieser Schutz anzurufen, und wie von dem angerufenen Richter zu verfahren ist, um, auf der einen Seite, dem wirklich Berechtigten zu seinem Rechte zu verhelfen, auf der anderen Seite, die blos unbefugt angemaaßten Rechtsansprüche Anderer zurückzuweisen, bilden, in ihrer Gesammtheit, den Civilproceß.

Dieser erscheint zwar, wissenschaftlich betrachtet, als ein, von dem eigentlichen Privatrechte abgesondertes, geschlossenes Ganze für sich, und gehört, streng genommen, als Theil des öffentlichen Rechtes, nicht zu dem vorgesetzten Gegenstande dieses Lehrbuches. Allein dennoch macht sein genauer Zusammenhang mit dem ganzen Privatrechte es durchaus nöthig, wenigstens so viel, als zum Verstehen jener privatrechtlichen Verhältnisse und ihrer Wirkungen nach allen Seiten hin erforderlich ist, auch von diesem Civilprocesse mitzunehmen. Denn, sowohl die Verletzung und Störung selbst, als auch die zu ihrer Abwendung bestimmten Mittel äußern eine gewisse natürliche Rückwirkung auf den Inhalt des verletzten und gestörten Rechtes selbst, wodurch dieses letztere eine Reihe von verschiedenen, eigenthümlichen Gestaltungen annimmt. Daraus erklärt es sich denn auch, wie und warum das römische Civilrecht sich stets in genauer Verbindung mit dem gerichtlichen Verfahren fortgebildet hat, so wie es auch zum Theil dieselben Behörden im Staate waren, welche jene doppelte Entwickelung gleichzeitig vermittelt haben.

Zu jenem angegebenen Zwecke erscheint, außer einem ganz allgemeinen Abrisse des römischen Civilprocesses, als unerläßlich das Hervorheben einiger Hauptabschnitte desselben, welche am tiefsten in das innere Wesen der Privatrechte eingreifen.

§. 51.

Jurisdictio und Competenz.

Von jeher gab es im römischen Staate Beamte, welchen die Rechtsprechung übertragen war, magistratus juridicundo,

qui jurisdictioni praeerant, auch wohl magistratus schlechtweg genannt. Das waren jedoch nicht besondere Beamte, welche blos und ausschließlich für die Rechtsprechung im Staate bestellt waren, sondern Beamte, welchen, in Gemäßheit des ihnen überhaupt zustehenden imperium, neben anderen Amtsfunctionen, auch die Rechtsprechung oblag. Officium jus dicentis. Solche magistratus waren in Rom ursprünglich die Könige selbst, späterhin die Consuln, an deren Stelle aber sehr bald, um ihnen ihr Amt zu erleichtern, die Prätoren traten, der urbanus und der peregrinus, für gewisse Fälle die Aedilen. Unter der Kaiserregierung kam noch hinzu der Kaiser, entweder selbst, oder die von ihm mit der Jurisdiction beauftragten, kaiserlichen Beamten. In den italienischen Städten standen der Jurisdiction vor die Duumvirn und die Präfecten, in den Provinzen die praesides provinciarum. Erst unter der späteren Kaiserregierung kamen besondere kaiserliche Beamte auf, welchen blos die Rechtsprechung, als einzige Amtsbeschäftigung, zugewiesen war.

Von der Jurisdiction, der Gerichtsbarkeit im Allgemeinen, unterscheidet sich noch die Competenz einer Gerichtsbehörde Denn darunter versteht man den Beruf, sowohl die Befugniß, als auch die regelmäßig damit verbundene Pflicht derselben, die ihr im Allgemeinen für gewisse Arten von Rechtsstreitigkeiten zuständige Jurisdiction in einem einzelnen concreten Falle auszuüben. Wo nun, wie das seit der Ausdehnung des römischen Staates der Fall war, mehrere Behörden neben einander für dieselben Arten von Rechtsstreitigkeiten bestehen, da wird die Competenz dadurch begründet, daß diejenigen, deren Rechtsverhältnisse durch den Proceß entschieden werden sollen, für ihre Person oder Sachen, der Jurisdiction einer bestimmten Behörde unterworfen sind, dort ihr forum haben. Haben indessen die Parteien verschiedene fora, so entscheidet das forum des Verklagten. Actor sequitur forum rei.

§. 52.

Der ordo judiciorum privatorum und die extraordinaria judicia.

Was die Einrichtung und den Gang des römischen Civilprocesses in der älteren Zeit am schärfsten charakterisirte, war die regelmäßig dabei eintretende Theilung der wesentlichen Functionen des Richtergeschäftes zwischen zwei, dabei thätig auf-

tretende Personen, verschiedene Behörden in diesem Sinne des Wortes, also nicht identisch mit Magistratsbehörden. Dadurch zerfiel der Proceß selbst in zwei verschiedene Abschnitte, in das jus und in das judicium, und gerade diese Scheidung ist es, welche den ordo judiciorum privatorum bildete. Hervorgegangen ist sie theils aus der Nothwendigkeit, den damaligen öffentlichen Justizbeamten, magistratus juri dicundo, welchen ein sehr ausgedehnter amtlicher Wirkungskreis angewiesen war, ihr Amtsgeschäft zu erleichtern, theils aber auch wohl daneben aus der politischen Rücksicht, das Schicksal der streitenden Parteien nicht lediglich und allein in die Hände eines einzelnen, noch dazu, seiner ganzen damaligen Stellung nach, sehr mächtigen Staatsbeamten zu legen, sondern zugleich mit in die Hände anderer, dabei mit einer gewissen selbstständigen Unabhängigkeit mitwirkender Personen.

Eingeleitet und instruirt wurde nämlich der Proceß durch den oben erwähnten magistratus. Bei ihm wurde der Proceß durch Anbringung der Klage anhängig gemacht, und er stellte, nachdem er vorher beide Parteien, den Kläger und den Beklagten, gehört hatte, den eigentlichen Streitpunkt fest. Namentlich sprach er sich darüber aus, theils ob hier überhaupt ein Proceß rechtlich möglich sei, actionem s. judicium dabat, oder nicht, judicium denegabat, theils im ersteren Falle, nach welchen Rechtsgrundsätzen er zu entscheiden sei. Allein, ehe diese Grundsätze zur Anwendung gebracht werden konnten, mußten erst die factischen Umstände des concreten Falles, wie sie die streitenden Parteien für sich angeführt hatten, insoweit sie für die Beurtheilung der Sache von Belang waren, ausgemittelt werden. Der Ausmittelung dieses Factischen, nebst der eigentlichen Proceßentscheidung, unterzog sich regelmäßig der magistratus nicht selber, sondern überließ und überwies sie dem judex, judicium, officium judicis. Es war dieses judicium zwar für gewisse Processe ein ständiges, welches nicht blos für diese eine Sache ernannt war, und dann aus Mehreren, aus einem collegium judicum bestand, wohin die judices decemviri, decemviri litibus judicandis gehörten, und ganz besonders das centumvirale judicium, mit seinen verschiedenen Abtheilungen, consilia, welche eben so viele Gerichtshöfe, hastae, tribunalia, judicia bildeten. Allein gewöhnlich

und in der Regel wurde der judex von dem magistratus für jeden einzelnen Fall, unter einer gewissen Mitwirkung der Parteien, insofern sie ein Verwerfungsrecht hatten, aus der Zahl der staatsverfassungsmäßig dazu Befähigten, in album judicum relati, gewählt. Es war also dieser judex, zuweilen und besonders für gewisse Fälle auch arbiter genannt, an sich eine bloße, vom magistratus für diesen einen Rechtsstreit beauftragte Privatperson, gewöhnlich auch nur eine einzige, unus judex; doch konnte ausnahmsweise auch eine Mehrheit von judices bestellt werden. Dahin gehörten namentlich für gewisse Fälle die recuperatores.

Derjenige Theil des Processes, welcher auf diese Weise unmittelbar von dem magistratus selbst geleitet wurde, bildete nun das jus, in diesem streng processualischen Sinne des Wortes. Derjenige Theil dagegen, welcher dem judex, oder den judices anheim fiel, die eigentliche cognitio und sententia, bildete das judicium.

Wo ausnahmsweise, extra ordinem, kein judex ernannt, sondern der streitige Rechtsfall von dem magistratus selbst cognoscirt, untersucht und entschieden wurde, da hieß der Proceß ein extraordinarium judicium, eine extraordinaria cognitio. Zwar mochte es im Allgemeinen zunächst von dem Belieben des magistratus, bei jedem angebrachten Processe, abhängen, ob und wann extra ordinem cognoscirt werden solle. Doch scheint dieses ursprünglich sich auf solche Fälle beschränkt zu haben, welche, aus irgend einem Grunde, die Anordnung eines judicium entweder rechtlich unmöglich, oder wenigstens factisch schwierig machten. Namentlich da, wo, neben dem privatrechtlichen Streitgegenstande, Verhältnisse vorlagen, die auch zugleich eine gewisse polizeiliche Amtsthätigkeit der magistratus mit in Anspruch nahmen.

Im Laufe der Zeit wurde immer seltener ein judex ernannt, immer häufiger extra ordinem vom magistratus verfahren, bis zuletzt, besonders wohl unter, oder bald nach Diocletian, ohne daß sich der Zeitpunkt genauer angeben läßt, jedenfalls aber schon längst vor Justinian, der ganze ordo judiciorum privatorum wegfiel. Es waren auch in der That zum Theil die ursprünglichen Veranlassungsgründe dazu allmählig hinweggefallen. Seitdem bilden die extraordinaria judicia die

einzige Form für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, und judex und magistratus sind nunmehr gleichbedeutende Ausdrücke. So war es denn zuletzt dieselbe und zwar staatsrichterliche Behörde, vor welcher der Proceß angefangen, eingeleitet und bis zu Ende durchgeführt wurde. Wenngleich indessen dadurch die bisherige streng formelle Scheidung von jus und judicium wegfiel, so blieben doch die materiellen Abschnitte des Processes im Wesentlichen bestehen. Hier, für die geschichtliche Uebersicht des Processes, erscheint es sogar nothwendig, immer noch dabei von dem ordo judiciorum privatorum, als Regel, auszugehen.

De ordine et veteri exitu interdictorum supervacuum est, hodie dicere. Nam, quoties extra ordinem jus dicitur, qualia sunt hodie omnia judicia, non est necesse, reddi interdictum. §. 8. Inst. IV, 15. de interdict.

§. 52a.

Stellvertretung im Processe.

Vor dem magistratus und judex, also theils in jure, theils in judicio, hatten nun die Parteien, Kläger und Beklagter, ihre Anträge zu stellen, indem sie dieselben zum Schutze ihrer Rechte anriefen. Orare, perorare, postulare. Ursprünglich mußte das aber, wenige Fälle ausgenommen, von den Parteien nothwendig in Selbstperson geschehen, was mit der eigenthümlichen Form des ältesten Processes zusammenhing. Späterhin wurden jedoch auch Stellvertreter vor Gericht zugelassen. Sie hießen cognitores, wenn sie mittelst eines förmlichen processualischen Actes, mit dem Gebrauche gewisser Worte, von einer Proceßpartei in Gegenwart der anderen, für den fraglichen Rechtsstreit bestellt wurden. Sie wurden dadurch, für diesen Proceß, domini loco. Dagegen hießen sie tutores, curatores, actores, wenn sie als amtliche Vertreter einer Partei, procuratores, wenn sie auf Grund eines Auftrages von Seiten einer Proceßpartei, endlich defensores, wenn sie, ohne einen solchen Auftrag, auf eigenes Begehren, für die Partei auftraten. Die Zuziehung eines eigentlichen advocatus, patronus, orator, causidicus ist damit nicht zu verwechseln. Denn diese bezweckt an sich keine Stellvertretung der Proceßparteien, sondern nur eine Unterstützung derselben. Die lex Cincia v. J. 550 verbot solchen Proceßpatronen, für die Unterstützung

einer Partei, von dieser letzteren eine Belohnung anzunehmen. Unter der Kaiserregierung fiel indessen dieses unbedingte Verbot weg, und an seine Stelle traten gesetzliche Beschränkungen und Angabe eines höchsten gestatteten Maaßes für die Belohnungen der Advokaten.

§. 53.

Eröffnung und Einleitung des Processes.

Gai. Comm. lib. IV. — Instit. lib. IV. tit. 6. de actionibus. — Dig. lib. XLIV. tit. 7. de obligationibus et actionibus. — Cod. lib. IV. tit. 10. de oblig. et act.

Eröffnet wurde der Proceß von jeher durch die Anstellung der Klage.

Dazu gehörte persönliche Gegenwart beider Parteien in jure vor dem magistratus, und es war ursprünglich und lange Zeit hindurch zunächst Sache des Klägers, den Beklagten zu diesem Zwecke vor Gericht zu stellen. Dazu hatte er sich der in jus vocatio zu bedienen. Das war zwar an sich ein außergerichtlicher Act, eine Privatladung, doch standen dem Kläger gewisse, in streng processualische Formen eingekleidete Zwangsmittel zu, um dieser seiner Privatladung den nöthigen Nachdruck zu geben. An die Stelle dieser in jus vocatio trat späterhin, seit Marc Aurel, die litis denunciatio, d. h. eine förmliche Ansage der Klage von Seiten des Klägers an den Beklagten, vor Zeugen. Im justinianischen Rechte übernimmt es der Richter selbst, nach erfolgter Klaganmeldung, den Beklagten durch Gerichtsdiener vor Gericht zu laden und für sein Erscheinen zu sorgen.

Die Einleitung des eigentlichen Processes geschah ursprünglich in Form der legis actiones, von denen uns fünf Arten genannt werden, das sacramentum, die judicis postulatio, die condictio, die manus injectio, die pignoris capio. Nur eine derselben, das sacramentum, erschien als die allgemein und regelmäßig auf alle Processe anwendbare, während die übrigen nur auf gewisse Processe beschränkt waren. Alle aber waren Klagformen, welche, genau den Worten der alten Gesetze, leges, nachgebildet, ihrem Wesen nach, aus symbolischen Handlungen und vorgeschriebenen Worten theils der beiden Processparteien, des Klägers und des Beklagten, theils des magistratus bestanden. Ihr Zweck war der, um dadurch dem Verfahren

eine besondere Form zu geben, namentlich um dadurch den Gegenstand des Streites genauer zu bezeichnen und überhaupt den Uebergang des Processes aus dem jus in das nachfolgende judicium vorzubereiten und möglich zu machen. Berechnet waren sie für das starre, alte jus civile und darum zunächst diesem angepaßt. Auch erklärt sich daraus die große Strenge, wonach jeder, selbst der geringste Verstoß gegen eines der dabei vorgeschriebenen gesetzlichen Worte und Formen unausbleiblich den Verlust des Processes nach sich zog.

Theils diese übertriebene Strenge, theils die Schwierigkeit, die immer mannigfaltiger und verwickelter werdenden Rechtsverhältnisse, wenn sie streitig wurden, in solche ungelenke Fesseln hineinzuzwängen, waren die Hauptveranlassung, daß durch die lex Aebutia (vom Jahre 550) und noch allgemeiner durch die leges Juliae, wenige Ausnahmsfälle abgerechnet, die legis actiones aufgehoben wurden. An ihre Stelle trat, als eine zweckmäßigere, freiere, die Einleitung des Processes per formulam. Es sprachen sich nämlich hiernach der Kläger und der Beklagte vor dem magistratus ganz frei aus über den Gegenstand des Processes, wobei, da es auf den Gebrauch gewisser gesetzlicher Formeln gar nicht weiter ankam, jeder Partei volle Gelegenheit gegeben wurde, alles für sich vorzubringen, was ihr das neuere Recht und die besonderen Gestaltungen des jedesmaligen Proceßfalles Günstiges und Zweckmäßiges darboten. Nach Anhörung der Parteien faßte dann der magistratus das Wesentliche des ihm auf diese Weise klar gemachten Rechtsfalles zusammen in eine schriftliche formula, auch concepta verba genannt. Sie enthielt, neben der Ernennung eines judex, eine für diesen Letzteren zunächst bestimmte, mehr oder weniger genaue Instruction, Anweisung, worauf er, bei der nachfolgenden Untersuchung, sein Augenmerk richten, und nach welchem Rechtsprincipe er zuletzt entscheiden sollte. Damit hängen zusammen folgende Bestandtheile, in welche die formula entweder zerfiel, oder wenigstens, den Umständen des Streitfalles nach, zerfallen konnte. Solche partes formulae waren: demonstratio, intentio, adjudicatio, condemnatio.

Zuweilen geschah die Einleitung des Processes auch in Form der sponsio. Sie bestand darin, daß, auf Provocation des Klägers, der magistratus den Beklagten zu dem Stipulations-

verſprechen anhielt, er wolle dem Kläger die und die beſtimmte Summe bezahlen, wenn deſſen klägeriſche Behauptung wahr ſei. Aus dieſer sponsio klagte ſodann der Kläger mit einer condictio und gewann natürlich den Proceß, wenn er die Bedingung der sponsio, d. h. den Umſtand, daß ſein Anſpruch wahr ſei, bewies. Ein ſolches Verfahren hieß sponsione contendere.[1])

Unter Diocletian und noch allgemeiner und entſchiedener unter Conſtantin's Söhnen änderte ſich das ganze, bisherige proceſſualiſche Einleitungsverfahren. Es kam nämlich auch das Verfahren per formulam inſofern ab, als von jetzt an nicht mehr in jedem einzelnen Falle eine formula erlaſſen wurde. Es hatte ſich nunmehr das, was ſonſt die jedesmalige Formel enthielt, ſchon allgemeiner, theils durch das prätoriſche Edict, theils durch die Gerichtspraxis, als Regel feſtgeſtellt.

Actiones, quas in usu veteres habebant, legis actiones appellabantur, vel ideo, quod legibus proditae erant, quia tunc edicta praetoris, quibus complures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur, vel ideo, quia ipsarum legum verbis accommodatae erant, et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur. Gai. IV. §. 11.

Lege autem agebatur modis quinque: sacramento, per judicis postulationem, per condictionem, per manus injectionem, per pignoris capionem. Gai. ibid. §. 12.

Sed omnes legis actiones paullatim in odium venerunt. Namque ex nimia subtilitate veterum, qui tunc jura condiderunt, eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset, litem perderet. Itaque per legem Aebutiam et duas Julias sublatae sunt istae legis actiones effectumque est, ut per concepta verba, id est, per formulas litigaremus.

Tantum ex duabus causis permissum est, lege agere cet. Gai. ibid. §. 30 et 31.

Partes autem formularum hae sunt: demonstratio, intentio, adjudicatio, condemnatio. Demonstratio est ea pars formulae, quae praecipue ideo inseritur, ut demonstretur res, de qua agitur. Veluti: quod A. A. No No hominem vendidit; item: quod A. A. apud Nm Nm hominem deposuit. Intentio est ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit. Veluti: si paret N. N. Ao Ao HS XM dare oportere. Item: si paret, hominem ex jure Quiritium Auli Agerii esse. Adjudi-

[1]) Ueber den Zuſammenhang dieſer Proceßform mit der verborum obligatio ſ. weiter unten in dem §. 131. die Lehre von den Stipulationen, zu welchen die sponsiones, als eine Art der stipulationes praetoriae gehörten.

catio est ea pars formulae, qua permittitur judici, rem alicui ex litigatoribus adjudicare; veluti: quantum adjudicari oportet, judex Titio adjudicato. Condemnatio est ea pars formulae, qua judici condemnandi absolvendive potestas permittitur; veluti: judex Nm Nm Ao Ao HS XM condemna, si non paret, absolve. — Nec tamen istae omes partes simul inveniuntur, sed quaedam inveniuntur, quaedam non inveniuntur. Certe intentio aliquando sola invenitur, sicut in praejudicialibus formulis. Demonstratio autem et adjudicatio et condemnatio numquam solae inveniuntur. Nihil enim sine intentione vel condemnatione valet demonstratio; item condemnatio sine demonstratione, vel intentione, vel adjudicatione nullas vires habet. Gai. ibid. §. 39—44.

Per sponsionem vero hoc modo agimus. Provocamus adversarium tali sponsione: Si homo, quo de agitur, ex jure Quiritium meus est, sestertios XXV nummos dare spondes? Deinde formulam edimus, qua intendimus, sponsionis summam nobis dari oportere; qua formula ita demum vincimus, si probaverimus, rem nostram esse. Non tamen haec summa sponsionis exigitur. Gai. ibid. §. 93. 94.

§. 54.

Die Klage im Allgemeinen.

Actio, judicium, als Klage aufgefaßt, ist das processualische Rechtsmittel, wodurch derjenige, welcher sich desselben bedient, der Kläger, actor, erst den ganzen nachfolgenden Proceß veranlaßt und eröffnet, indem er die richterliche Hülfe wegen eines gestörten Rechtes, und zwar regelmäßig zum Zwecke einer Verurtheilung[1]) des Gegners, des Beklagten, reus, anruft. Von den Proceß- und Klageformeln, welche ursprünglich zunächst actiones hießen, wurde das Wort späterhin auch auf die Klage selbst, als processualisches Rechtsmittel, übertragen. Doch bezeichnet actio auch oft die Klagbefugniß und die Ausübung derselben. Durch die beigefügte genauere Beschreibung unterscheidet sich die Klage von allen übrigen processualischen Rechtsmitteln, die allerdings zuweilen, in einem weiteren Sinne, ebenfalls unter dem Namen actiones zusammengefaßt werden.

Zur Begründung einer solchen Klage, d. h. um sie im einzelnen Falle mit Wirksamkeit anstellen zu können, gehört nicht blos, daß dem Kläger ein schon jetzt wirksames, und zwar klagbares Recht zusteht, sondern auch, daß dieses Recht von demje-

[1]) Eine Ausnahme bilden die Präjudicialklagen. S. §. 56. a. E.

nigen, gegen den die Klage gerichtet wird, auf irgend eine Art gestört worden ist.

Was die Form betrifft, so wurde die Klage, im neuesten römischen Rechte, regelmäßig schriftlich abgefaßt und dieser libellus conventionis von dem Kläger bei dem Richter eingereicht, welcher ihn dem Beklagten durch executores, Gerichtsdiener, mittheilte und ihn zu ihrer Beantwortung vorlud.

Actio — nihil aliud est, quam jus persequendi in judicio, quod sibi debetur. pr. Inst. IV, 6. de action.

Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur, nam reus in exceptione actor est. Ulpianus in fr. 1. D. XLIV. 1. de except.

Actionis verbo non continetur exceptio. Paulus in fr. 8. §. 1. D. L, 16. de verb. sign.

§. 55.

Eintheilung der Klagen in dingliche und persönliche.

Unbeschadet ihrer eben beschriebenen allgemeinen Natur, können die Klagen sonst sehr verschiedener Art sein. Von den mancherlei daher entlehnten Eintheilungen der Klagen sollen indessen vorläufig hier nur diejenigen hervorgehoben werden, welche einen allgemeineren Charakter haben und nicht passender ihre Erörterung an einem anderen Platze des Systemes, namentlich im Obligationenrechte, in welches sie zunächst eingreifen, finden.

Die wichtigste und durchgreifendste Eintheilung der Klagen, die in dingliche und in persönliche Klagen, hängt zusammen mit der oben [1]) berührten Eintheilung aller Rechte nach ihrem Umfange.

Sind nämlich die durch die Klage zu schützenden Rechte solche, die von Jedem anerkannt werden müssen, und eben darum auch möglicherweise von Jedem gestört werden können, so ist auch die Klage daraus gleich von vorn herein so eingerichtet, daß sie nöthigenfalls gegen jeden Dritten, als den etwaigen künftigen Störer, angestellt werden kann.

Eine solche Klage hieß ehemals, je nachdem sie in dieser, oder jener Proceßform eingeleitet wurde, bald vindicatio, bald petitio, während jetzt beide Ausdrücke mehr gleichbedeutend sind. Der spätere, allgemeine Name ist in rem actio. Wir bezeichnen sie jetzt als dingliche Klage.

[1]) S. §. 48.

Den Gegensatz davon bilden die persönlichen Klagen, personales, oder in personam actiones, die Klagen des Creditors aus der Obligatio, welche natürlich, wie diese Obligatio selbst, immer nur gegen Eine, gleich bei der Entstehung derselben genau bestimmte Person, den Debitor, gerichtet sind. Ursprünglich hießen diese Obligationsklagen allein und vorzugsweise actiones, im reinen Gegensatze der dinglichen, der petitiones, und diese beiden Arten bildeten die beiden Grundformen des oben erwähnten ordo judiciorum privatorum. Denn, wo extra ordinem cognoscirt wurde, hieß die Klage weder actio, noch petitio, sondern persecutio, extraordinaria persecutio. Allein im neueren römischen Rechte erhielt der Name actio eine allgemeinere Beziehung auf alle, auch die dinglichen Klagen, weßhalb jetzt der Zusatz in personam, oder personalis actio, zur Unterscheidung von der in rem actio, nöthig wurde. In demselben neueren Rechte wird allerdings zuweilen, als gleichbedeutend mit personalis actio, der Ausdruck condictio gebraucht. Es hatte derselbe aber ursprünglich eine weit speciellere Bedeutung und bezeichnete nur gewisse Obligationsklagen, welche mit einer denunciatio eingeleitet wurden und sich in eine eigenthümliche Proceßart, die legis actio per condictionem, auflösten. Diese legis actio ist nun zwar weggefallen, aber der Ausdruck condictio hat sich dennoch für jene erwähnte Art der Obligationsklagen, weil und insofern sie immer noch gewisse Eigenthümlichkeiten behielten, als besonderer Name, erhalten. Daher bilden die condictiones, in diesem engeren Sinne, nur eine Unterart der persönlichen Klagen überhaupt, und ihr besonderer Charakter besteht darin, daß damit etwas eingeklagt wird, was aus dem Vermögen des Klägers in das des Beklagten übergegangen ist, oder als übergegangen behandelt wird.

Unter den persönlichen Klagen verdienen endlich auch noch die interdicta eine besondere Erwähnung. Ursprünglich hießen so nicht gewisse Klagen selbst, sondern gewisse, von dem magistratus, auf den Antrag einer Partei, in einer bestimmten Form erlassene Befehle, Gebote, oder Verbote, conceptiones verborum, quibus praetor aut jubebat aliquid fieri, aut fieri prohibebat. In einem noch specielleren Sinne beschränkte sich der Name interdicta auf eigentliche Verbote

dieſer Art, während dergleichen Gebote decreta hießen. Der Prätor erließ nämlich ſolche Verfügungen unter Umſtänden ſofort auf den einſeitigen Antrag des angeblich Verletzten, um ihn gegen einen drohenden Rechtsnachtheil zu ſchützen, beſonders da, wo es auf ſchleunige Herſtellung der Ordnung, oder eines factiſchen Zuſtandes, namentlich des Beſitzes, ankam. Nur wenn ſich derjenige, an den der Befehl, oder das Verbot zunächſt gerichtet war, demſelben nicht ſofort freiwillig fügte, kam es zu der Ernennung eines judex und zum wirklichen Proceſſe, welcher dann freilich einen zum Theil eigenthümlichen, ungewöhnlichen Gang nahm. In einem abgeleiteten, ſpäteren, aber im neueren römiſchen Rechte entſchieden vorwaltenden Sinne, bezeichnet der Ausdruck interdictum den Antrag des dabei Intereſſirten auf Erlaſſung eines ſolchen richterlichen Befehles, und darum bilden die Interdicte jetzt eine beſondere Art von Klagen. Sie zerfallen übrigens, nach der Richtung und nach dem ſpecielleren Inhalte des richterlichen Befehles, in prohibitoria, restitutoria, exhibitoria interdicta, je nachdem demjenigen, gegen welchen das Interdict gerichtet iſt, dadurch entweder etwas zu thun verboten, oder die Herausgabe einer Sache geboten wird.

Omnium autem actionum, quibus inter aliquos apud judices arbitrosve de quacunque re quaeritur, summa divisio in duo genera deducitur. Aut enim in rem sunt, aut in personam. Nam agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est vel ex contractu, vel ex maleficio: quo casu proditae sunt actiones in personam, per quas intendit, adversarium ei dare, aut facere oportere, et aliis quibusdam modis. Aut cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen de aliqua re controversiam: quo casu proditae actiones in rem sunt. §. 1. Inst. IV, 6. de act.

Appellamus autem in rem quidem actiones vindicationes, in personam vero actiones, quibus dare facere oportere intenditur, condictiones. Condicere est enim denuntiare, prisca lingua. Nunc vero abusive dicimus, condictionem actionem in personam esse, qua actor intendit, dari sibi oportere; nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit. §. 15. Inst. ibid. Vergl. Gai. IV. §. 1—5.

Actio in personam infertur, petitio in rem, persecutio in rem, vel in personam. Papinianus fr. 28. D. XLIV, 7. de oblig. et act.

Interdicta quoque actionis verbo continentur. Ulpian. in fr. 37. pr. D. eod.

Sequitur, ut dispiciamus de interdictis, seu actionibus, quae pro his exercentur. Erant autem interdicta formae atque conceptiones verborum, quibus praetor aut jubebat aliquid fieri, aut fieri prohibebat. Quod tunc maxime faciebat, cum de possessione, aut quasi possessione inter aliquos contendebatur. pr. Inst. IV. 15. de interd. Vergl. Gai. IV. §. 139.

Vocantur autem decreta, cum fieri aliquid jubet (praetor), velut cum praecipit, ut aliquid exhibeatur, aut restituatur, interdicta vero, cum prohibet fieri. — Unde interdicta aut restitutoria, aut exhibitoria, aut prohibitoria vocantur. Gai. IV. §. 139.

§. 56.

Andere Eintheilungen der Klagen.

1) Der Rechtsquelle nach, welcher sie ihrer Entstehung verdanken, sind sie entweder civiles actiones, oder honorariae, letztere wieder entweder praetoriae, oder aediliciae.

2) Ihrer ursprünglichen Bestimmung nach, je nachdem sie dabei stehen geblieben, oder späterhin darüber hinaus noch weiter ausgedehnt worden sind, heißen sie directae actiones, oder utiles actiones. Beruhen letztere, wie das zuweilen der Fall ist, auf einer Fiction, so heißen sie ficticiae, ohne daß sich jedoch der Begriff der ficticiae actiones blos auf die utiles beschränkte.

3) Mit dem alten ordo judiciorum privatorum und der Einleitung des Processes per formulam hängt genau zusammen die Eintheilung der persönlichen Klagen in bonae fidei judicia und in stricta, s. stricti juris judicia. Denn, wenn in der formula, der Instruction, welche der magistratus dem judex ertheilte, irgend ein Wort, eine Wendung stand, wodurch der judex ermächtigt wurde, selbst ex aequo et bono zu bestimmen, quantum actori praestari debeat, — z. B. mittelst der Formel: ex bona fide, oder quantum aequius melius — so hieß die Klage davon bonae fidei judicium. Der judex wurde dadurch angewiesen, bei der Beurtheilung des Falles nicht blos auf gewisse, ausdrücklich und speciell in der Instruction hervorgehobene Umstände, sondern auch auf andere, sich bei der Untersuchung herausstellende Umstände, welche der Processsache eine andere Gestalt gaben, billige Rücksicht zu nehmen. Besonders wurde ihm dadurch zur

Pflicht gemacht, bevor er den Beklagten verurtheilte, erst gewisse sich herausstellende gegenseitige, hier als unzertrennlich betrachtete Ansprüche und Gegenansprüche der Parteien, ex aequo et bono, gegen einander abzuwägen, zu compensiren und dem Beklagten so in Abrechnung zu bringen, daß dadurch möglicherweise das Maaß der ursprünglichen, aus der obligatio eingeklagter Leistung verringert, oder auch wohl jene ganze Leistung absorbirt wurde. Dieses kam natürlich niemals vor bei Klaganſprüchen, welche, ihrer Natur nach, rein einseitig waren, sondern immer nur bei solchen Obligationsansprüchen, in deren Wesen es schon liegt, daß damit in der Regel auch Gegenansprüche verbunden sind. Im Gegensatze davon hießen die übrigen Klagen, welche diese Eigenthümlichkeit nicht hatten, wo vielmehr dem judex bestimmt in der Instruction vorgeschrieben war, auf wie viel er den schuldig befundenen Beklagten verurtheilen sollte, stricta, oder stricti juris judicia.

4) Eine ähnliche Bewandniß hatte es mit der Eintheilung der Klagen in arbitrariae actiones, und in solche, die nicht arbitrariae waren; nur mit dem wichtigen Unterschiede, daß diese Eintheilung sich nicht auf persönliche Klagen beschränkt, sondern auch zugleich die in rem actiones mit umfaßt. Zuweilen wurde nämlich, durch eine besondere Wendung in der formula, der judex ermächtigt, nach seinem arbitrium zu bestimmen, quemadmodum actori satisfieri oporteat. Dann hieß die Klage arbitraria, und der judex hatte hier, statt sofort den schuldig befundenen Beklagten auf den eigentlichen Gegenstand der Klage, also, wie es in älterer Zeit die Regel mit sich brachte, in eine bestimmte Geldsumme zu verurtheilen, die Befugniß, ja sogar die Pflicht, ihm vorher, durch einen vorläufigen Spruch, arbitrium, einen Ausweg freizustellen, wodurch er, mittelst einer anderen Leistung, z. B. Herausgabe einer bestimmten Sache, wenn er sie noch vor der eigentlichen sententia vornahm, und so den Kläger befriedigte, der förmlichen Verurtheilung entgehen konnte, indem er nunmehr in der sententia absolvirt wurde. Das war besonders da wichtig, wo, wie zuweilen, mit der förmlichen Condemnation, noch außerdem für den Verurtheilten manche besondere Nachtheile, z. B. Infamie, nach gesetzlicher Vorschrift verbunden waren. Leistete nun aber der Beklagte diesem arbitrium nicht freiwillig Folge, so wurde er

hinterdrein, in der sententia, jedenfalls und oft sogar um so strenger, z. B. in das Doppelte, verurtheilt.

5) Ebenfalls mit nächster Rücksicht auf die Fassung der von dem magistratus dem judex ertheilten Instruction, waren die Klagen entweder in jus conceptae, oder in factum conceptae. Stützte nämlich der Kläger den Klaganspruch, seiner intentio nach, auf ein Rechtsprincip des strengen jus civile, so hieß letztere eine intentio juris civilis, und die darauf gegründete Klage wurde als eine in jus concepta formulirt. Klagen, welche der Prätor neu einführte, konnten eine solche formula in jus concepta nur mittelst einer Fiction erhalten. Indessen gab der Prätor auch zuweilen eine Klage ganz ohne intentio juris civilis, mittelst einer formula in factum concepta. Dann hieß die darauf gegründete Klage ebenfalls in factum concepta actio. Es wurde nämlich dann der judex vom Prätor angewiesen, nur überhaupt zu untersuchen, ob gewisse vom Kläger behauptete Thatsachen wirklich vorhanden seien, und, je nach dem Befunde dieser Untersuchung, den Beklagten entweder zu condemniren, oder zu absolviren. Es konnte sogar derselbe Klaganspruch sowohl in diese, als in jene Form eingekleidet und also daraus, den Umständen nach, bald eine actio in jus concepta, bald eine actio in factum concepta gegeben werden.

Mit diesem Begriffe der actiones in factum conceptae ist übrigens nicht zu verwechseln der viel weiter gehende Begriff der actiones in factum überhaupt. Diese bilden den Gegensatz der actiones vulgares, oder judicia prodita. Unter den letzteren verstand man solche Klagen, welche mit selbstständigen, bestimmten, festen Formeln schon im Edicte vom Prätor aufgestellt waren. Dagegen die in factum actiones hatten keine dergleichen feste, stehende Formeln, sondern es wurde für jeden vorkommenden concreten Fall die Formel, nach den besonderen Umständen desselben, also sehr verschieden gefaßt. So erklärt sich denn auch, weßhalb diese in factum actiones oft als actiones praescriptis verbis bezeichnet werden, nämlich als actiones, quae praescriptis verbis rem gestam demonstrant. Das konnte sowohl bei civilrechtlichen, als auch bei prätorischen Klagen vorkommen. Gerade dadurch wurde es dem Prätor möglich, überall, wo er es für nö-

thig erachtete, für jedes wahrgenommene neue Rechtsverhältniß, eine paſſende Klage zu gewähren.

6) Gewiſſe Klagen haben das Eigene, daß ſie nicht, wie das bei den Klagen ſonſt die Regel iſt, zunächſt eine Verurtheilung des Beklagten bezwecken. Sie bezwecken vielmehr nur die richterliche Vorentſcheidung irgend eines zweifelhaften Punktes, der, als Vorfrage, für die künftige Entſcheidung eines anderen Rechtsſtreites, von präjudicirender Bedeutung iſt und daher gewöhnlich dieſem letzteren den Weg bahnen ſoll; quae praejudicium faciunt aliis actionibus. Daher der Name actiones praejudiciales, oder, den eigentlichen actiones entgegengeſetzt, praejudicia.

Omnes autem actiones aut civiles dicuntur, aut honorariae. Ulpianus in fr. 25. §. 2. D. XLIV, 7. de oblig. et act.

Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti juris. Bonae fidei sunt hae: cet.

In bonae fidei judiciis libera potestas permitti videtur judici, ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur: ut, si quid invicem praestare actorem oporteat, eo compensato, in reliquum is, cum quo actum est, debeat condemnari. Sed et in stricti juris judiciis, ex rescripto Divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur. §. 28 et 30. Inst. IV, 6. de act. S. auch Gai. IV. §. 61.

In his (bonae fidei judiciis) quidem judici nullo modo est injunctum, compensationis rationem habere; neque enim formulae verbis praecipitur. Sed, quia id bonae fidei judicio conveniens videtur, id officio ejus contineri creditur. Gai. IV. §. 63.

Praeterea quasdam actiones arbitrarias, id est ex arbitrio judicis pendentes appellamus, in quibus, nisi arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat, veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat. — In his enim actionibus et ceteris similibus permititur judici, ex bono et aequo, secundum cujusque rei, de qua actum est, naturam, aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat. §. 31. Inst. IV. 6. de action.

Nonnunquam evenit, ut, cessantibus judiciis proditis et vulgaribus actionibus, quum proprium nomen invenire non possumus, facile descendamus ad eas, quae in factum appellantur. Papinianus in fr. 1. pr. D. XIX, 5. de praescriptis verb.

Sed eas quidem formulas, in quibus de jure quaeritur, in jus conceptas vocamus; quales sunt, quibus intendimus, nostrum esse aliquid jure Quiritium, aut nobis dari oportere, aut

pro fure damnum (decidi oportere), in quibus juris civilis intentio est.

Ceteras vero in factum conceptas vocamus, id est, in quibus nulla talis intentionis conceptio est, sed initio formulae, nominato eo, quod factum est, adjiciuntur ea verba, per quae judici damnandi absolvendive potestas datur; qualis est formula, qua utitur patronus contra libertum, qui eum contra edictum praetoris in jus vocat. Nam in ea ita est: recuperatores sunto, si paret, illum patronum ab illo liberto contra edictum illius praetoris in jus vocatum esse, recuperatores illum libertum illi patrono sestertium V millia condemnate. Si non paret, absolvite. Gai. IV. §. 45 et 46.

§. 57.

Die Litiscontestation.

Cod. lib. III. tit. 9. de litis contestatione.

Der Zweck des ganzen Verfahrens in jure vor dem magistratus war der, diesem letzteren von dem Stande der Sache und davon, worauf es bei ihrer Beurtheilung ankam, die nöthige Uebersicht zu verschaffen, um danach die weitere Einleitung des Processes treffen zu können. Darum mußten, auf erhobene Klage, beide Parteien, Kläger und Beklagter, vor dem magistratus erscheinen, um sich gegen einander über ihre Ansprüche und etwaige Gegenansprüche, soweit sie den Proceßfall betrafen, zu erklären. War dieses zur Genüge geschehen und dadurch der Streitpunkt gehörig festgestellt, so erließ der magistratus nunmehr die schon oben erwähnte formula, Instruction für den judex. Damit ging das jus in das judicium über, und es hieß jetzt: lis ordinata, jus ordinatum est. Den Schlußact des jus bildete nun die litis contestatio, welche eben dazu bestimmt war, jenen Uebergang scharf und solenn zu bezeichnen. Sie bestand ursprünglich darin, daß beide Parteien über die bisherigen Verhandlungen feierlich Zeugen aufriefen; daher auch wohl ihr Name.

Jedenfalls war dieser Zeitpunkt der Litiscontestation sehr wichtig, als der eigentliche Anfang des Processes, lis inchoata, wodurch res s. lis in judicium deducebatur. An ihn knüpften sich mancherlei besondere Wirkungen und strenge Verpflichtungen für die Parteien, welche dadurch sich dem Processe

unterzogen; judicium accipere. Dahin gehört namentlich für den Kläger die consumtio ſeines bisherigen Klagrechtes, indem von ihm dieſelbe Klage künftig nicht mehr angeſtellt werden kann, weil ſie jetzt einmal vom Ausgange dieſes Proceſſes, derſelbe mag ſein, welcher er will, abhängig gemacht worden iſt. Es ſteht ihm nämlich jedenfalls, für alle Zukunft, entgegen die exceptio rei in judicium deductae, meiſtens auch die exceptio rei judicatae. Für den Beklagten ſowohl, als für den Kläger zieht die Litisconteſtation die ſtrenge Verpflichtung nach ſich, ſich unbedingt dem Ausgange dieſes Proceſſes zu unterwerfen, er mag nun mit der Condemnation, oder mit der Abſolution des Beklagten endigen. Endlich bildete auch die Litisconteſtation, wie ſchon bemerkt wurde, den Uebergang des Proceſſes von dem jus in das judicium.

Auch nachdem der ordo judiciorum privatorum abgekommen, blieb noch die Litisconteſtation, wenn auch nicht als der urſprünglich ſolenne Act, doch, der Sache nach, als ein wichtiger Wendepunkt im Civilproceſſe, fortbeſtehen. Sie iſt darin bezeichnet als derjenige Moment, wo der Beklagte auf die ihm vom Kläger vorgetragene Klage, vor Gericht, dazu beſonders aufgefordert, erwiedert, was er dagegen vorzubringen für dienlich erachtet. Sie bildet inſofern einen Gegenſatz zu der bloßen Anſtellung der Klage, zu der bloßen actio edita, oder controversia mota. Nur iſt nicht zu überſehen, daß das neuere römiſche Recht manche rechtliche Folgen, welche ehemals der Litisconteſtation eigenthümlich waren, ſchon an den Zeitpunkt der controversia mota geknüpft hat.

Contestari est, cum uterque reus dicit: testes estote. Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod, ordinato judicio, urtraque pars dicere solet: testes estote. Festus v. contestari.

Res in judicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit, vel actionis species ante judicium reo cognita. Inter litem enim contestatam et editam actionem multum interest.

Lis enim tum contestata videtur, cum judex per narrationem negotii causam audire coeperit. Sever. et Antonin. in c. un. C. III, 9. de litis cont.

Qua de re semel actum erat, de ea postea ipso jure agi non poterat. Gai. IV. §. 108.

§. 58.

Die Beweisführung.

Dig. lib. XXII. tit. 3. de probationibus et praesumtionibus. — Cod. lib. IV. tit. 19. de probationibus.

Die Hauptaufgabe für den judex in demjenigen Verfahren, welches das judicium bildet, ist, nach dem Obigen, zum Zwecke der späterhin darauf zu bauenden sententia, das Factische des Rechtsfalles genau zu prüfen und sich juristisch von der Wahrheit der von den Parteien vorgetragenen Thatumstände, insofern es auf sie für die nachherige Entscheidung des Processes ankommt, überzeugen zu lassen. Dabei ist es Sache der Parteien, dem judex diese Ueberzeugung zu verschaffen, und diese Thätigkeit der Parteien heißt beweisen, probare. Das geschieht durch Beibringung genügender Beweismittel, instrumenta, oder documenta in diesem weiteren Sinne des Wortes, wohin insbesondere Urkunden, instrumenta in diesem engeren Sinne des Wortes, Zeugen und der Eid gehören. Was dem Richter nicht bewiesen werden kann, das ist juristisch für ihn gar nicht vorhanden, und wird deßhalb, bei der Entscheidung des Processes, von ihm gar nicht berücksichtigt.

Gerade deßhalb ist es für das Schicksal eines Processes eine so wichtige Frage, welcher Partei die Pflicht zu beweisen, das onus probandi, obliegt. Das allgemeine leitende Princip darüber lautet nun aber so, daß eine jede Partei im Processe, sie sei Kläger, oder Beklagter, welche sich auf irgend einen bestimmten Thatumstand beruft, um daraus Rechte, oder sonstige günstige Resultate für sich abzuleiten, diesen Thatumstand zu beweisen hat. So namentlich der Kläger den factischen Grund seiner Klage, der Beklagte den factischen Grund seiner Einrede. Doch bedarf es natürlich einer solchen probatio nur dann, wenn der in Frage stehende Thatumstand nicht etwa von dem Proceßgegner selber vor Gericht, in jure, zugestanden worden, (confessio in jure,) oder von der Art ist, daß er sonst aus irgend einem Grunde bereits für wahr und erwiesen zu erachten ist. Letzteres ist namentlich der Fall, in Rücksicht gewisser Thatsachen, die schon, nach einer allgemeinen gesetzlichen Vorschrift, in der Art rechtlich vermuthet, präsumirt werden, daß sie, zu Gunsten desjenigen, der sich im Processe auf sie beruft, so lange

für wahr und bewiesen gelten, bis der Gegner darthut, daß sie in concreto wirklich nicht wahr seien. Praesumtiones juris, Rechtsvermuthungen. Nur in einigen, sehr wenigen Fällen ist sogar gesetzlich die Möglichkeit des Gegenbeweises schon im Voraus abgeschnitten. Uebrigens sind mit diesen Rechtsvermuthungen nicht zu verwechseln die eigentlichen fictiones juris, welche gar nicht auf einer von den Gesetzen vermutheten Wahrheit, sondern auf willkürlicher Annahme der Gesetze, oft der Wahrheit selbst geradezu widersprechend, beruhen.

Instrumentorum nomine ea omnia accipienda sunt, quibus causa instrui potest et ideo tam testimonia, quam personae instrumentorum loco habentur. Paulus in fr. 1. D. XXII, 4. de fide instrumentorum.

§. 59.

Die Exceptionen und die exceptio s. praescriptio temporis insbesondere.

Gai. Comm. lib. IV. §. 115—126. — Inst. lib. IV. tit. 13. de exceptionibus. — Dig. lib. XLIV. tit. 1. de exceptionibus, praescriptionibus et praejudiciis. — Cod. lib. VIII. tit. 36. de exceptionibus s. praescriptionibus. — Inst. lib. IV. tit. 12. de perpetuis et temporalibus actionibus. — Cod. lib. VII. tit. 39. de praescriptione XXX vel XL annorum.

Nach der Art, wie sich der Beklagte auf die gegen ihn erhobene Klage erklärt, einläßt, richtet sich zum großen Theile der fernere Gang des Processes.

Denn, stellt der Beklagte geradezu die factischen Thatsachen, auf welche die Klage gebaut ist, in Abrede, so muß, dem oben §. 58. erwähnten Principe gemäß, nunmehr der Kläger, wenn er nicht mit der Klage abgewiesen werden will, den Beweis des ihm abgeleugneten factischen Klagegrundes übernehmen. Gelingt ihm dieser Beweis, so ist der Beklagte zu verurtheilen (nach der Fassung der an den Judex gerichteten Instructionsformel: si paret — — condemna). Erbringt dagegen der Kläger jenen Beweis nicht, so erfolgt die Freisprechung des Beklagten von der Klage (nach der Fassung der Formel: si non paret, — — absolve)..

Gesteht der Beklagte vor Gericht, in jure, den factischen Klagegrund unumwunden zu, ohne irgend sonst etwas zu seiner Vertheidigung Geeignetes vorzubringen, so gilt er nicht blos für

geständig, sondern auch ohne weiteres für verurtheilt. Confessus in jure habetur pro judicato.

Gesteht endlich der Beklagte zwar im Allgemeinen den Klagegrund zu, aber mit Berufung auf gewisse neue Umstände und Thatsachen, welche, wenn sie wahr sind, aus Gründen der Billigkeit, die sonst, der Strenge nach, eigentlich begründete Klage ganz, oder theilweise zu entkräften, den Beklagten also gegen die ihm sonst drohende Condemnation zu schützen geeignet sind, so entsteht der Begriff der Einrede, exceptio im strengen Sinne des Wortes.

Die volle Möglichkeit des wirksamen Vorschützens solcher exceptiones wurde übrigens erst durch das litigare per formulam gegeben. Denn es konnte nunmehr der Magistratus dem Judex das Berücksichtigen einer solchen, vom Beklagten vorgebrachten exceptio, bei der Untersuchung und Entscheidung des Proceßfalles, ausdrücklich in der Instructionsformel gestatten, oder anbefehlen. Es wurde das vom Magistratus eingekleidet in die Form eines aufgestellten Ausnahmsfalles, in welchem der Beklagte, obgleich es hieß: paret, dennoch nicht verurtheilt werden sollte. Die Instructionsformel für den Judex lautete dann so: si paret — condemna, si non paret. z. B. si non convenit, ne ea pecunia peteretur. Eigentlich mußte also ein solcher Ausnahmsfall immer ausdrücklich in die formula aufgenommen sein; doch litt das eine sehr allgemeine Modification in Rücksicht der bonae fidei actiones. Denn deren Natur und die hier der Klage zum Grunde liegende intentio, wonach der Kläger nur dasjenige fordert, was der Beklagte ex fide bona schuldig ist, brachte es schon von selbst mit sich, daß der judex ex aequo et bono gewisse Exceptionen auch dann berücksichtigen durfte und sollte, wenngleich sie nicht namentlich mit in die formula aufgenommen worden waren. Es sind nämlich alle diejenigen Einreden, welche, ihrem Inhalte nach, auf den Vorwurf hinauslaufen, der Kläger handle contra bonam fidem, also in gewisser Beziehung dolos, indem er, trotz gewisser, ihm entgegenstehender Thatsachen, mit seiner Klage auftrete. Das ist es, was die Römer so ausdrückten: bonae fidei judiciis exceptiones insunt. Mit dem Wegfallen des Formularproceßes kam zwar überhaupt ein solches Einrücken der exceptio in die formula nicht mehr vor.

Aber es mußte doch regelmäßig die exceptio, wenn sie nicht eine solche sich von selbst verstehende war, von dem Beklagten bei der Antwort auf die Klage vorgebracht werden.

Ganz gleichbedeutend mit dem Ausdrucke exceptio ist im neueren römischen Rechte der Ausdruck praescriptio. Ursprünglich aber hießen praescriptiones pro reo solche Einreden, welche vom magistratus nicht mitten in die Instruction, formula für den judex, als für seine Beurtheilung des Rechtsfalles maaßgebend und die Condemnation bedingend, hineingerückt, sondern gleich vorn an die Spitze der formula gestellt, ihr gewissermaaßen vorausgeschickt wurden. Denn sie enthielten für den judex eine Anweisung, unter gewissen, sich herausstellenden Umständen, das judicium gar nicht eintreten zu lassen, oder wenigstens vorerst noch auszusetzen, bis gewisse präjudicielle Vorfragen entschieden worden. Späterhin unterschied man indessen die praescriptiones nicht mehr formell von den exceptiones. Letzterer Ausdruck wurde vielmehr jetzt als der allgemeine angesehen, obgleich man den Namen praescriptio noch immer für gewisse Einreden, welche früher die eigentliche Präscriptionsform gehabt hatten, beibehielt.

Der Exceptionen lassen sich nun so viele denken, als überhaupt Thatsachen, mit Rücksicht auf welche der Beklagte, trotz des eigentlich, der Strenge nach, gegen ihn begründeten Klagrechtes, ohne Ungerechtigkeit nicht verurtheilt, sondern vielmehr absolvirt werden kann und soll. Sei es nun, daß jene Umstände, in ihren Folgen, die Verurtheilung des Beklagten für immer unmöglich machen und also den Klaganspruch ganz vernichten, — exceptiones perpetuae, s. peremtoriae — oder sei es, daß sie nur einstweilen die Verurtheilung unmöglich machen und also den Klaganspruch in seiner Geltendmachung nur aufschieben, — exceptiones temporales, s. dilatoriae. — Immer aber hat der Beklagte, den allgemeinen Regeln von der Beweislast entsprechend, die Wahrheit der Thatsache, worauf die exceptio gegründet ist, zu beweisen, wenn sie von dem Kläger in Abrede gestellt wird.

Eine Einrede, welche, wenigstens im neueren römischen Rechte, eine sehr allgemeine Natur hat und deßhalb schon hier besonders hervorgehoben zu werden verdient, ist die, von dem Ablaufe einer bestimmten Zeit entlehnte exceptio s. praescriptio tempo-

ris. Während nämlich früherhin regelmäßig, gewiſſe beſtimmte, beſonders durch den Prätor eingeführte Klagen, welche ausnahmsweiſe an eine beſtimmte Zeitfriſt gebunden waren und davon temporales actiones hießen, abgerechnet, die Klagen ſämmtlich ewig, perpetuo, gedauert hatten, wurde von den Kaiſern Honorius und Theodoſius verordnet, daß alle Klagen, dingliche, wie perſönliche, welche nicht ſchon bisher an eine kürzere Friſt geſetzlich gebunden waren, nur dreißig Jahre dauern, actiones perpetuae in dieſem Sinne des Wortes ſein ſollten. Wer, nach Ablauf dieſer Friſt, noch mit der ſo verjährten Klage auftritt, dem kann der Beklagte wenigſtens die exceptio s. praescriptio temporis, praescriptio triginta annorum, die Einrede der Verjährung, entgegenſtellen, in deren Folge die Klage abgewieſen wird.

Uebrigens leidet dieſe jetzt regelmäßige Dauer der Klagen von dreißig Jahren nach zwei Seiten hin Ausnahmen. Denn vorerſt giebt es auch noch im neueren römiſchen Rechte Klagen, die an eine kürzere Zeitfriſt, z. B. von einem, zwei, vier, oder fünf Jahren, ja nur von einigen Monaten, gebunden ſind, und davon noch jetzt, wie ehemals, actiones temporales heißen. Sodann giebt es Klagen, die länger, als dreißig, z. B. vierzig Jahre dauern.

Actore enim non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse praestat, obtinebit. Antonin. in c. 4. C. II, 1. de edendo.

Confessus pro judicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur. Paul. in fr. 1. D. XLII, 2. de confessis.

Comparatae sunt exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Saepe enim accidit, ut, licet ipsa persecutio, qua actor experitur, justa sit, tamen iniqua sit adversus eum, cum quo agitur.

Verbi gratia, si metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus stipulanti Titio promisisti, quod non debueras, palam est, jure civili te obligatum esse, et actio, qua intenditur, dare te oportere, efficax est. Sed iniquum est, te condemnari, ideoque datur tibi exceptio, quod metus causa, aut doli mali, aut in factum composita, ad impugnandam actionem. pr. et §. 1. Inst. IV, 13. de except.

Appellantur autem exceptiones aliae perpetuae et peremtoriae, aliae temporales et dilatoriae. Perpetuae et peremtoriae sunt, quae semper agentibus obstant, et semper rem, de qua agitur, perimunt; qualis est exceptio doli mali, et quod metus causa factum est, et pacti conventi, cum ita convenerit, ne omnino pecunia pe-

teretur. Temporales atque dilatoriae sunt, quae ad tempus nocent et temporis dilationem tribuunt: qualis est pacti conventi, cum convenerit, ne intra certum tempus ageretur, veluti intra quinquennium. §. 9 et 10. Inst. eod.

Hoc loco admonendi sumus, eas quidem actiones, quae ex lege, senatusve consulto, sive ex sacris constitutionibus proficiscuntur, perpetuo solere antiquitus competere, donec sacrae constitutiones tam in rem, quam in personam actionibus certos fines dederunt, eas vero, quae ex propria praetoris jurisdictione pendent, plerumque intra annum vivere; nam et ipsius praetoris intra annum erat imperium. pr. Inst. IV, 12. de perpet. et temp. act.

Hae autem actiones annis triginta continuis extinguuntur, quae perpetuae videbantur, non illae, quae antiquis temporibus limitabantur. Honor. et Theodos. in c. 3. C. VII, 39. de praescr. XXX vel XL ann.

§. 60.

Repliken und Dupliken.

Gai. Comm. lib. IV. §. 126 sqq. — Inst lib. IV. tit. 14. de replicationibus.

Wie der Beklagte der actio eine exceptio, eben ſo kann wieder der Kläger ſeinerſeits der exceptio eine replicatio, und letzterer wieder der Beklagte eine duplicatio entgegenſtellen. Ja! es kann dieſes wechſelſeitige Parteienvorbringen da, wo die factiſche Eigenthümlichkeit des Proceßfalles es mit ſich bringt, noch weiter fortgeführt werden. Die replicatio verhält ſich dann einfach zur exceptio, und die duplicatio zur replicatio auf ganz ähnliche Weiſe, wie die exceptio zur actio.

Interdum evenit, ut exceptio, quae prima facie justa videatur, inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus est, adjuvandi actoris gratia, quae replicatio vocatur, quia per eam replicatur atque resolvitur vis exceptionis.

Rursus interdum evenit, ut replicatio, quae prima facie justa sit, inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus est, adjuvandi rei gratia, quae duplicatio vocatur. Et, si rursus ea prima facie justa videatur, sed propter aliquam causam inique actori noceat, rursus allegatione alia opus est, qua actor adjuvetur, quae dicitur triplicatio. Quarum omnium exceptionum usum interdum ulterius, quam diximus, varietas negotiorum introducit. pr. §. 3. Inst. IV, 14. de replicat.

Replicationes nihil aliud sunt, quam exceptiones et a parte actoris veniunt; quae quidem ideo necessariae sunt, ut exceptiones excludant. Semper enim replicatio ideo objicitur, ut exceptionem oppugnet. — Ulpianus in fr. 2. §. 1. D. XLIV, 1. de except.

§. 61.

Beendigung des Processes durch die sententia und res judicata.

Dig. lib. XLII. tit. 1 de re judicata et de effectu sententiarum.

Allerdings hat der judex schon in Laufe der Proceßverhandlungen in judicio mancherlei Veranlassungen, Bescheide an die Proceßparteien zu erlassen, welche, als interlocutiones, die fernere Leitung des Processes bezwecken. Dahin gehörte auch, bei den arbitrariis judiciis, der schon oben erwähnte[1]) vorläufige Schiedesspruch, arbitrium. Noch wichtiger ist aber freilich das Endurtheil, die sententia, welche den Schluß des judicium bildet, und deßhalb auch definitiva sententia heißt. Dadurch hat der judex, je nachdem sich bei der Untersuchung die Umstände herausgestellt haben, entweder den Beklagten, insoweit er ihn schuldig findet, zu verurtheilen, zu condemniren, oder ihn, insofern die Bedingungen zur Condemnation mangeln, von der Klage loszusprechen, zu absolviren. Das ist wenigstens der regelmäßige Inhalt der sententia. Nur bei den Präjudicialprocessen bedurfte es weder einer förmlichen Condemnation, noch einer förmlichen Freisprechung des Beklagten; indem die Präjudicialklage überhaupt zunächst, dem klägerischen petitum nach, noch gar nicht auf Verurtheilung eines bestimmten Beklagten gerichtet war. Die sententia bestand vielmehr, wenn sie dem Kläger günstig war, hier nur in dem richterlichen Ausspruche, daß ein gewisses, von dem Kläger behauptetes, in seinen Folgen mehr, oder weniger wichtiges Rechtsverhältniß, dessen Dasein für andere Rechtsverhältnisse präjudiciell ist, wirklich existire.[2]) Nach dem Bisherigen kann und soll zwar der Kläger, als solcher, wenn er den Proceß verliert, in der nachfolgenden sententia mit seiner erhobenen Klage abgewiesen werden. Dagegen hat er in der Sache selbst keine Condemnation zu befürchten, indem er, für seine Person, nur etwa in die Kosten des Processes verurtheilt werden kann. Doch tritt bei gewissen Klagen und Processen die eigenthümliche Ausnahme ein, daß aus ihnen beide Parteien, auch der Kläger selbst, condemnirt werden können. Der einfache Grund davon ist der, weil hier beide Parteien jede als Kläger und Be-

[1]) S. oben §. 56. Nr. 4.

[2]) S. oben §. 56. Nr. 6.

klagter gelten, indem es nur mehr zufällig erscheint, wer, dem Namen nach, zunächst als Kläger auftritt. Lautete übrigens die Sentenz condemnatorisch, so war, wenigstens seit dem Aufkommen des Formularprocesses, ohne Rücksicht auf den eingeklagten Gegenstand, alle Verurtheilung nothwendig auf Bezahlung einer Summe Geldes, deren genauere Bestimmung dem Richter überlassen blieb, zu richten. Eine Condemnation zu einer anderen Leistung ist erst im späteren römischen Rechte aufgekommen.

Es lag, nach dem ordo judiciorum privatorum, ganz in dem besonderen Verhältnisse des judex zu dem magistratus, daß ersterer, bei der Fällung, pronunciatio, der sententia, immer an die ihm von dem magistratus für diesen Proceß ertheilte Instruction gebunden war. Aber gerade hierbei zeigte sich die Wichtigkeit des Unterschiedes zwischen einer mehr, oder weniger streng und eng gefaßten formula, je nachdem die zu entscheidenden Processe bonae fidei oder stricti juris judicia, arbitraria, oder non arbitraria judicia waren.[1])

Eine jede sententia hatte ursprünglich immer sofort, nach ihrer erfolgten Publication, pronunciatio, welche mündlich und in Gegenwart der Parteien geschehen mußte, eine res judicata zur Folge, d. h. die Streitsache war nunmehr für immer abgeurtheilt, und der Inhalt des Erkenntnisses galt deßhalb, aber freilich nur für die partes, d. h. nur für die Parteien in diesem Processe, sofort für unabänderliche Wahrheit. Auch der erkennende judex selbst konnte nichts mehr daran ändern; schon deßhalb nicht, weil mit der pronunciatio sententiae der ganze Auftrag des judex für diesen Proceß erloschen war.

Ueberhaupt gab es ursprünglich gegen den Inhalt einer richterlichen Sentenz, für diejenige Partei, welche sich dadurch für verletzt erachtete, keine ordentliche und regelmäßige Rechtshülfe. Nur durch das außerordentliche Rechtsmittel der restitutio in integrum, wenn man sie hinterdrein gegen die richterliche Sentenz durchsetzte,[2]) konnte geholfen werden. Zwar war schon früh gegen beschwerende Proceßverfügungen eines magistratus auf indirectem Wege insofern eine eigenthümliche Hülfe möglich gewesen, als die sich für verletzt erachtende Partei einen höheren, oder wenigstens gleichstehenden magistratus populi romani, oder einen

[1]) Siehe oben §. 56. Nr. 3 und 4.

[2]) Siehe weiter unten §. 65.

Volkstribunen, durch Anrufen für sich gewinnen und dazu veranlassen konnte, zu ihren Gunsten, von dem Intercessionsrechte Gebrauch zu machen. Das hieß ursprünglich appellare (magistratum). Die Folge davon war, daß derjenige Act, gegen welchen der angerufene Magistratus sein Veto einlegte, cassirt, oder wenigstens vorläufig inhibirt wurde. Allein dieses Hülfsmittel war, in mehr als einer Beziehung, unzureichend. Denn es fand nur in Rom selbst Statt, weil nur dort mehrere dergleichen Magistrate neben einander bestanden. Auch waren, wie es scheint, die eigentlichen richterlichen sententiae einem solchen Einschreiten gänzlich entzogen. Erst unter der Kaiserregierung bildete sich, mit einem förmlich geordneten Instanzenzuge, die Möglichkeit der provocatio aus. Es konnte nämlich jetzt eine Partei, die sich widerrechtlich durch die sententia, oder sonstige richterliche Proceßverfügung verletzt glaubte, dagegen, innerhalb gewisser gesetzlich vorgeschriebener Fristen, die Hülfe eines höheren Richters anrufen, der dann das frühere Erkenntniß, in dieser Beziehung, nochmals zu prüfen und, den Umständen nach, entweder zu bestätigen, zu confirmiren, oder abzuändern, zu reformiren hatte. Als die alte ursprüngliche appellatio ganz abkam, bezeichnete man diese ehemalige provocatio mit dem jetzt erledigten Namen appellatio. Daher gilt nunmehr, im neueren römischen Rechte, eine sententia nur dann als res judicata, als rechtskräftiges, unabänderliches Erkenntniß, wenn, nach den vorliegenden Umständen, dagegen, aus irgend einem Grunde, keine weitere Appellation mehr zulässig ist. Natürlich darf aber mit der Möglichkeit einer solchen Appellation nicht verwechselt werden der Umstand, daß eine richterliche Sentenz zuweilen schon von selbst deßhalb als nichtig erscheinen kann, weil es ihr geradezu an irgend einer wesentlichen Grundbedingung ihrer Rechtsbeständigkeit mangelt.

Der Inhalt einer rechtskräftigen, condemnatorischen Sentenz verpflichtet den verurtheilten Beklagten zum judicatum facere, und der bisherige Kläger erhält daraus nunmehr einen ganz neuen Obligationsanspruch gegen ihn, der unmittelbar aus der res judicata entspringt. Auf Erfüllung dieser Verbindlichkeit steht dem Kläger die actio judicati zu, und er kann damit Execution der Sentenz verlangen. Doch muß er sich deßhalb an den magistratus selbst wenden, nicht an den bisherigen

judex. Denn, vorerst war die ganze Amtsthätigkeit dieses Letzteren, weil sie lediglich auf dem ihm von dem magistratus ertheilten Auftrage beruhte, mit der Fällung der sententia schon von selbst erloschen. Sodann hatte auch der judex kein imperium, wie solches zur wirksamen Durchführung der Execution durchaus erforderlich war. Eigenthümlich erscheint dabei, daß die zulässigen Executionsmittel ursprünglich alle nur auf einen indirecten Zwang des Verurtheilten berechnet, und deßhalb nur gegen die Person desselben gerichtet waren. Denn jeder unmittelbare, gewaltsame Eingriff in den Besitz und Vermögensstand der Parteien widersprach, nach römischer Ansicht, dem Wesen der reinen obligatio, wie sie aus der res judicata entspringt und, wenn sie nicht etwa zufällig zugleich durch ein Pfandrecht gesichert ist, lediglich die Person des Schuldners trifft.[1]) Dagegen waren allerdings die unmittelbar wider die Person gerichteten Executionsmittel, namentlich die manus injectio, sehr streng und konnten bis zur Knechtschaft des Verurtheilten führen.[2]) Erst das neuere römische Recht weicht mehr von diesem Principe ab und gestattet auch eine gegen das Vermögen gerichtete Execution. Ein solches Executionsmittel bildete vor allem die durch den Prätor Rutilius zuerst eingeführte missio in possessionem, mit ihren Folgen,[3]) oder die gerichtliche Auspfändung des Verurtheilten, pignus in causa judicati captum. Selbst ein directer Zwang zur Erfüllung des judicatum fand, wenigstens im neuesten römischen Rechte, Statt, besonders da, wo es der Exhibition oder Restitution einer Sache galt, nämlich Wegnahme der den Gegenstand des Streites bildenden Sache durch von dem magistratus dazu befehligte Gerichtsdiener, manus militaris.

Praeses provinciae non ignorat, definitivam sententiam, quae condemnationem vel absolutionem non continet, pro justa non haberi. Imp. Alexander in c. 3. C. VII, 45. de sentent. et interloc.

Judex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, — sed, aestimata re, pecuniam eum condemnat. Gai. IV. §. 48.

Res judicata dicitur, quae finem controversiarum pronuncia-

[1]) S. weiter unten §. 119.

[2]) S. §. 72. und 153.

[3]) S. §. 64.

tione judicis accepit; quod vel condemnatione, vel absolutione contingit. Modestinus in fr. 1. D. XLII, 1. de re jud.

Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo judicio fuerit actum. Nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione; sed, si condemnatus sit, sublata litis contestatione, incipit ex causa judicati teneri. Gai. IV. §. 180.

Res judicata pro veritate accipitur. Ulpian. in fr. 205. D. L. 17. de reg. jur.

Saepe constitutum est, res inter alios judicatas aliis non praejudicare. Macer in fr. 63. D. XLII, 1. de re jud.

§. 62.

Beendigung des Processes ohne sententia.

Allerdings endigte der Proceß regelmäßig erst durch die erfolgte sententia und res judicata. Doch konnte er zuweilen schon früher einen anderen Ausgang nehmen.

Denn, hatte der Beklagte in jure den Klaggrund ohne weiteres eingestanden, so lag keine Veranlassung zur Anordnung eines judicium vor. Es bedurfte nunmehr, soweit die confessio in jure ging, auch gar keiner condemnatorischen Sentenz. Der Beklagte galt vielmehr schon ohne weiteres sofort für rechtskräftig verurtheilt, pro condemnato, und wurde danach behandelt. Nur wo die confessio in jure nicht gerade auf eine bestimmte Geldsumme gerichtet war, da wurde allerdings noch ein judex bestellt; allein nicht de re judicanda, sondern nur de re aestimanda.

Aehnlich verhielt es sich, wenn der Gegner zur Antwort auf die erhobene Klage sich nicht, wie er sollte, stellte, also die Annahme des judicium verweigerte, und nicht etwa ein Anderer, als idoneus defensor, für ihn das judicium übernahm. Er galt, als indefensus, schon ohne weiteres für damnatus.

Endlich erlosch, nach älterem römischen Rechte, auch zuweilen der bereits anhängige Proceß mit dem Ablaufe einer bestimmten Zeit, innerhalb welcher er beendigt worden sein mußte, schon ganz von selbst. Eine solche Proceßverjährung ist natürlich mit der oben erwähnten erlöschenden Klagenverjährung nicht zu verwechseln. In dieser Beziehung zerfielen alle Processe in legitima judicia, quae legitimo jure consistunt, und in solche, quae imperio continentur. Erstere, d. h. solche

Processe, welche in Rom selbst, oder intra primum milliarium, zwischen römischen Bürgern, unter Bestellung eines einzigen judex, anhängig waren, sollten, nach der lex Julia judiciaria, niemals länger als ein Jahr und sechs Monate dauern. Daher erlöschen sie von selbst, wenn sie innerhalb dieser Frist nicht beendigt wurden. Von allen übrigen Processen hieß es: imperio continentur, d. h. sie beruhten lediglich auf dem Imperium desjenigen Magistratus, der sie angeordnet und den Judex bestellt hatte. Daher erloschen sie, sobald dieser Magistratus das Imperium früher verlor, als die richterliche Sentenz erfolgt war. Im neueren römischen Rechte ist nicht blos der Unterschied zwischen legitima judicia und judicia, quae imperio continentur, sondern auch die ganze Idee der damit zusammenhängenden Proceßverjährung weggefallen.

§. 63.

Die Cautionen.

Gai. IV. §. 88—102. — Inst. lib. IV. tit. 11. de satisdationibus. — Dig. lib. II. tit. 8. qui satisdare cogantur. — Cod. lib. II. tit. 57. de satisdando.

Unter den mancherlei anderen, im römischen Rechte vorkommenden Sicherungsmitteln der Rechte, welche auch, wenigstens zum Theil, mit dem Processe in genauer Verbindung stehen, verdienen schon hier die Cautionen, die missio in possessionem und die in integrum restitutio hervorgehoben zu werden.

Wir können nämlich, unter Umständen, von demjenigen, gegen den wir entweder bereits jetzt einen Rechtsanspruch haben, oder ihn wenigstens für die Zukunft mit Grund erwarten, schon im Voraus Bestellung einer gewissen Sicherheit, wegen der künftigen Erfüllung der unserem Rechte entsprechenden Verbindlichkeit, verlangen. Diese Sicherheit, cautio genannt, wird zwar immer vertragsweise, aber sonst in verschiedener, mehr oder weniger wirksamen Art geleistet. Nämlich bald durch das einfache Versprechen künftiger Erfüllung, wodurch wir auch da, wo wir vorher keine Klage hatten, eine solche, oder eine vortheilhaftere erhalten. Bald wird sie geleistet durch das eidliche Versprechen künftiger Erfüllung, in Gefolge dessen um so sicherer auf den Willen des Versprechenden, Zahlung zu leisten, gerechnet werden kann. Bald

und zwar viel wirksamer, weil dabei nicht blos auf den guten Willen des Verpflichteten gerechnet wird, geschieht die Caution durch die Stellung von Bürgen,[1]) welche uns mit für die Erfüllung haften, satisdatio. Bald endlich durch Bestellung von Pfändern, welche wir nöthigenfalls, zu unserer Befriedigung, durch Verkauf zu Geld machen können. Ob? wann? und wie? eine Cautionsleistung im einzelnen Falle verlangt werden kann, hängt natürlich von den Umständen ab.

Einige Hauptfälle der Cautionsleistungsverbindlichkeit stehen in unmittelbarer Verbindung mit dem Civilprocesse. Denn hier bringt es vorerst das eigenthümliche Verhältniß des Klägers zum Beklagten mit sich, daß ersterer oft vom letzteren zum Voraus eine cautionsmäßige Sicherheitsleistung verlangen kann, namentlich darüber, daß der Beklagte auch wirklich, im Falle seiner nachherigen Condemnation, das judicatum leisten wolle, cautio, satisdatio judicatum solvi. Manche andere der im Civilprocesse vorkommenden Cautionen beziehen sich auf Sicherung der Partei gegen die ihr, aus muthwilligem Processiren und Chicaniren, von Seiten der Gegenpartei drohende Gefahr. Calumnia.

§. 64.

Die missio in possessionem.

Die missio in possessionem diente zwar oft, ebenso, wie die Cautionsleistung, zur Sicherung eines künftig zu realisirenden Rechtes, rei servandae causa. Aber oft war sie auch ein Zwangsmittel, um den Ungehorsam gegen richterliche Verfügungen zu brechen, contumaciae coërcendae causa. In dieser letzteren Richtung wurde sie schon oben,[2]) als Executionsmittel gegen den verurtheilten Beklagten, erwähnt. Immer aber setzte sie ein, auf besonderes Nachsuchen, causa cognita, vom magistratus ertheiltes Decret voraus, wodurch demjenigen, dem dadurch zu seinem Rechte verholfen werden sollte, gestattet wurde, sich selber in den Besitz entweder des gesammten Vermögens, missio in bona, oder wenigstens in den Besitz einzelner Güterstücke seines Gegners zu setzen, missio in res singulas.

---

[1]) S. weiter unten §. 132.

[2]) S. §. 61.

Obgleich nun der so vom Richter, magistratus, Eingewiesene, missus, durch die wirklich von ihm, der ertheilten Weisung gemäß, vorgenommene Besitzergreifung zunächst und in der Regel blos ein Detentions- und Beaufsichtigungsrecht an den fremden, in Besitz genommenen Vermögensstücken erhielt, so war doch, durch gewisse andere, daran geknüpfte Wirkungen, mittelbar dafür gesorgt, daß die missio ihren Zweck erfüllte. Zu diesen Wirkungen gehört besonders das prätorische Pfandrecht, welches der eingewiesene Gläubiger an den Vermögensstücken seines Schuldners erhielt, und welches ihn in den Stand setzte, nöthigenfalls durch den Verkauf jener Pfandstücke, späterhin selber diejenigen Ansprüche, wegen welcher die missio erfolgt war, zu verwirklichen.

§. 65.

Die in integrum restitutio.

Dig. lib. IV. tit. 1. de in integrum restitutionibus.

Unter besonderen Umständen ist, in dem auxilium in integrum restitutionis, ein ganz außerordentliches Rechts- und Schutzmittel gegeben. Sie beruht, wie so vieles im römischen Rechte, auf dem Gegensatze von dem strictum jus und der aequitas und begründete, als Proceß betrachtet, so lange noch der ordo judiciorum privatorum die Regel bildete, immer ein extraordinarium judicium.

Es kann sich nämlich ereignen, daß, durch die Anwendung eines im Allgemeinen ganz gerechten Rechtsgrundsatzes, Jemand unter den besonderen Verhältnissen, in welchen er sich befindet, auf eine höchst unbillige Weise verletzt, in einen ihm nachtheiligen Rechtszustand versetzt wird. Dann kann er sich freilich nicht eigentlich über erlittenes Unrecht beschweren, indem ihm in der That sein strenges Recht geworden. Allein es erscheint doch in dergleichen Fällen oft eine besondere Rechtshülfe sehr wünschenswerth, um den nicht selten dabei ziemlich grell hervortretenden Widerspruch des strictum jus mit der aequitas auszugleichen. Deßhalb versprach der Prätor, als das Organ der aequitas, in seinem Edicte, dem so in Bedrängniß Gerathenen auf eine eigenthümliche Weise zu helfen. Nämlich dadurch, daß er ihn, auf sein Verlangen, in die vorige Lage, in welcher er sich

vor dem Eintritte des die Verletzung herbeiführenden Ereignisses, es mag dasselbe nun in einer bestimmten Handlung des Verletzten, oder in einem anderen Ereignisse, z. B. in dem Ablaufe einer gewissen Zeit bestehen, befand, zurückversetzte. Praetor in integrum restituit. Er rescindirte dann die bereits durch das strictum jus begründeten Rechtsverhältnisse, um sie auf diesem Wege ungeschehen und unschädlich zu machen.

Es versteht sich von selbst, daß der Prätor eine solche außerordentliche, ganz von dem gewöhnlichen Rechtswege abweichende, ja sogar dem strengen Rechtsprincipe äußerlich geradezu widersprechende Hülfe, extraordinarium auxilium, den darum Nachsuchenden nur mit großer Vorsicht, praevia causae cognitione, und nur unter gewissen bestimmten Voraussetzungen gewährte. Denn, vorerst muß für den zu Restituirenden durch das wieder aufzuhebende Ereigniß in der That ein wahrer, und zwar nicht zu unbedeutender Rechtsnachtheil, eine laesio, eingetreten sein. Es darf ferner derjenige, welcher um Restitution nachsucht, nicht geradezu durch eigenes, den Umständen nach unverzeihliches Verschulden in den Nachtheil gerathen sein. Außerdem muß auch, für jeden einzelnen Restitutionsfall, ein entschiedener Billigkeitsgrund, der eine solche außerordentliche Maaßregel vollkommen rechtfertigt, eine justa causa restitutionis, vorliegen. Der Prätor führte zwar die wichtigsten justas causas namentlich und speciell im Edicte auf, wonach sie in zwei Hauptclassen zerfielen, je nachdem der Restitutionsgrund auf einer Begünstigung des Minderjährigen, als solchen, beruhte, — restitutio minorum — oder je nachdem er auf Umständen beruhte, welche auch Großjährigen zu Gute kommen, — restitutio majorum, wie z. B. vis ac metus, — dolus — absentia — error. Indessen behielt sich der Prätor in der s. g. generalis clausula vor, nach seinem arbitrium, wo es ihm billig schien, auch in anderen Fällen und aus sonstigen Gründen Restitution zu ertheilen. Endlich muß aber auch die Lage der Dinge von der Art sein, daß dem Verletzten nicht schon auf eine andere regelmäßige, weniger gewaltsame Weise, geholfen und so der erlittene Schade von ihm abgewendet werden kann.

Utilitas hujus tituli (de in integrum restitutionibus) non eget commendatione; ipsa enim se ostendit. Nam sub hoc titulo plurifariam praetor hominibus, vel lapsis, vel circumscriptis sub-

venit, sive metu, sive calliditate, sive aetate, sive absentia inciderunt in captionem, sive per status mutationem, aut justum errorem. Ulpianus et Paulus in fr. 1 et 2. D. IV, 1. de in integr. restit.

Verba edicti talia sunt: Item, si qua alia mihi justa causa videbitur, in integrum restituam, quod ejus per leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta, decreta principum, licebit. Ulpianus in fr. 1. D. IV, 6. ex quibus causis majores.

In causae cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere, citra in integrum restitutionem. Nam, si communi auxilio et mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium. Ulpian. in fr. 16. pr. D. IV, 4. de minor.

Omnes in integrum restitutiones, causa cognita, a praetore promittuntur, scilicet ut justitiam earum examinet, an verae sint, quarum nomine singulis subvenit. Modestinus in fr. 3. D. eod.

Zweites Buch.

Das Personenrecht, oder die Lehre von den Personen und den Grundbedingungen ihrer Rechtsfähigkeit.

§. 66.

Begriff des Personenrechts.

Der Personen wegen sind die Rechte da, und nur da, wo sich Personen vorfinden, können Rechte vorkommen. Daher bringt es schon die natürliche Ordnung mit sich, daß die Lehre von den Personen, d. h. von den Rechtssubjecten, als den Trägern der Rechte, der specielleren Entwickelung der verschiedenen Rechte selbst, welche den Personen möglicherweise zustehen, vorausgeschickt werde. Der Name Personenrecht für diesen Theil des Rechtssystemes findet sich schon bei den Römern, wenigstens als jus, quod ad personas pertinet. Sie verstehen dann darunter die Lehre von der Verschiedenheit der Menschen, nach ihrer verschiedenen Stellung im Staate, und von der dadurch bedingten verschiedenen Rechtsfähigkeit.

Omne autem jus, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones. Ac prius de personis videamus. Nam parum est, jus nosse, si personae, quarum causa constitutum est, ignorentur. §. 12. Inst. I, 2. de jure nat.

Erstes Capitel.

Allgemeine Grundsätze über die Personen.

§. 67.

Persona und status.

Inst. lib. I. tit. 16. de capitis deminutione. — Dig. lib. IV. tit 5. de capite minutis.

Persona, im technischen, juristischen Sinne des Wortes, bezeichnet ein Wesen, welches Subject von Rechten sein kann,

d. h. anerkannt fähig ist, Rechte zu haben, ohne nächste Rücksicht darauf, ob es wirklich Rechte und welche es hat. Den reinen Gegensatz davon bildet in dieser Beziehung die res, d. h. ein solches Wesen, welches schon an sich nicht fähig ist, selber Rechte zu haben, sondern nur etwa den Gegenstand von Rechten Anderer abgeben kann.

Nicht jeder Mensch, als solcher, ist nach römischer Ansicht rechtsfähig und persona, sondern nur derjenige Mensch, welcher einen status hat, d. h. diejenige Eigenschaft, die als Grundbedingung, caput, der Rechtsfähigkeit gilt. Da aber die Rechtsfähigkeit in einem höheren und geringeren Grade, mehr oder weniger vollständig, gedacht werden kann, so lassen sich auch mehrere Grade des status denken. Die Römer pflegen sie auf drei zurückzuführen, welche sich einander in der Art bedingen, daß jeder höhere status mit Nothwendigkeit das Dasein des geringeren wesentlich voraussetzt, während sehr wohl der geringere ohne den höheren gedacht werden kann. Geht ein bisher vorhandener status verloren, so erleidet die Person, welche der Verlust trifft, dadurch eine capitis deminutio, oder minutio, wodurch ihre bisherige Rechtsfähigkeit, den Umständen und namentlich der Art des verlorenen status nach, entweder ganz vernichtet, oder wenigstens vermindert wird. Daher giebt es gerade eben so viele capitis deminutiones, als es status giebt.

Der status libertatis, dessen Verlust die maxima capitis deminutio begründet, beruhte darauf, daß man ein liber homo, kein servus war. Wer nicht einmal diesen status hatte, war gar nicht persona, sondern bloße res, also gar keiner Rechte fähig.

Der status civitatis, dessen Verlust, salva libertate, die media capitis deminutio begründet, beruhte darauf, daß der freie Mensch auch civis romanus war. Davon hing zwar nicht unbedingt alle Rechtsfähigkeit ab, indem auch der peregrinus persona und wenigstens der auf dem jus gentium beruhenden Rechte fähig war, wohl aber die Fähigkeit, an dem jus civile Theil zu nehmen.

Endlich der status familiae beruhte darauf, daß der civis auch einer bestimmten römischen familia angehörte und dadurch in derselben gewisser Rechte, auf die nur die Mitglieder

Nothwendigkeit schon an sich den Charakter der Persönlichkeit und Rechtsfähigkeit, sondern nur unter dem Hinzutritte des status libertatis. Dennoch hat diese Menscheneigenschaft, auch in juristischer Beziehung und für die Rechtsfähigkeit, eine hohe Bedeutung. Denn nur Menschen, und nur so lange sie es sind, können überhaupt irgend einen status haben und behalten.

Für einen Menschen gilt aber jedes, von einem menschlichen Wesen in gehöriger Reife und lebendig geborene Individuum, insofern es nur nicht als monstrum erscheint. Aber, auch alle diese Bedingungen vorausgesetzt, beginnt die Menscheneigenschaft, mit voller rechtlicher Wirkung, erst mit dem Momente der vollendeten Geburt, der erfolgten Trennung des Kindes von der Mutter. Denn nur der partus editus hat eine organische selbstständige Existenz für sich, während der Embryo im Mutterleibe, nasciturus, venter, qui in utero est, noch nicht juristisch als ein homo für sich in Betracht kommt, sondern noch blos als ein Theil seiner Mutter, in welcher er aufgeht. Indessen wird doch auf die Wahrscheinlichkeit seiner dereinstigen, selbstständigen Existenz schon vorläufig mancherlei juristische Rücksicht genommen und demgemäß für ihn im Voraus gesorgt. Dahin gehört namentlich der Grundsatz: nasciturus habetur pro jam nato, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur. Mit dem Momente des Sterbens, in welchem die organischen Functionen des Individuums erlöschen, hört der bisherige Mensch auf, als solcher zu existiren.

Die Menschen können nun freilich, auch abgesehen von ihrem, im vorhergehenden § erwähnten dreifachen status, ihren sonstigen natürlichen, oder bürgerlichen Eigenschaften nach, sehr verschieden sein, nach ihrem Alter, Geschlechte, ihrer Gesundheit, bürgerlichen Ehre u. s. w. S. g. status naturales. Allein dem Zwecke dieses Institutionenlehrbuches scheint es angemessener, diese Verschiedenheiten nur bei Gelegenheit derjenigen Rechtsverhältnisse, auf welche sie zunächst einwirken, oder woraus sie hervorgehen, zu bemerken. Um so mehr, da sie sich im Grunde nicht als Verschiedenheiten der Personen, als solcher, sondern nur als Verschiedenheiten der Menschen, als solcher, darstellen.

Qui mortui nascuntur, neque nati, neque procreati videntur, quia nunquam liberi appellari potuerunt. Paulus in fr. 129. D. L. 16. de verb. sign.

Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur; veluti si mulier monstrosum aliquid, aut prodigiosum enixa sit. Partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videtur effectus, et ideo inter liberos connumerabitur. Paulus in fr. 14. D. I, 5. de statu hom.

Qui in utero est, perinde, ac si in rebus humanis esset, custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur; quamquam alii, antequam nascatur, nequaquam prosit. Paulus in fr. 7. D. eod

Qui in utero sunt, in toto paene jure civili intelliguntur in rerum natura esse. Julian. in fr. 26. D. eod.

§. 69.

Homines sui vel alieni juris.

Inst. lib. I. tit. 8. de his, qui sui vel alieni juris sunt. — Dig. lib. I. tit. 6. eod.

Der öffentlichen Gewalt des Staates sind alle Menschen unterworfen. In dieser Beziehung stehen sich daher alle Menschen gleich, und nur die Berechtigungen der Menschen im Staate und ihr Verhältniß zu demselben stellen sich verschieden dar, je nachdem sie Freie, oder Sclaven, römische Bürger, oder Peregrinen sind. Allein das römische Recht kannte, neben jener öffentlichen Gewalt des Staates, auch noch eine gewisse Familienhotmäßigkeit, d. h. noch gewisse Gewalten und Herrschaften, welche einem Menschen, aus rein privatrechtlichen Gründen und mit dem Charakter einer Art von Familienverhältniß, über andere Menschen, sowohl über Unfreie, als über Freie, zustehen konnten.

Der gemeinschaftliche Name für die technische Bezeichnung einer solchen Privatgewalt war jus, in diesem besonderen Sinne des Wortes, oder potestas. Darum hieß homo sui juris, suae potestatis derjenige, welcher gar keiner solchen Gewalt unterworfen, also in privatrechtlicher Beziehung ganz selbstständig und unabhängig war, indem er blos unter der öffentlichen Staatsgewalt stand. Wer dagegen einer dieser Privatherrschaften unterworfen war, hieß homo alieni juris, alieno juri subjectus. Die Ausdrücke paterfamilias, materfamilias bezeichnen zwar ebenfalls einen homo sui juris, so wie die Ausdrücke filiusfamilias, filiafamilias einen homo

alieni juris. Indessen haben sie doch insofern eine engere Bedeutung, als sie sich auf das Verhältniß der patria potestas und der manus, je nachdem man dieser unterworfen, oder von ihr frei ist, beschränken.

Das jus über unfreie Menschen war blos von Einer Art und bildete die dominica potestas, welcher der eigentliche servus unterworfen war. Sie konnte nicht blos einer Mannsperson, sondern auch einer Frauensperson, ferner nicht blos Einer Person, sondern auch mehreren in Gemeinschaft zustehen. Sie hatte endlich für den homo alieni juris, der sowohl männlichen, als weiblichen Geschlechtes sein konnte, gänzliche, unbedingte Rechtsunfähigkeit zur Folge, indem sie ihn zur bloßen Sache erniedrigte.

Dagegen der jura über freie Menschen, der Familienobrigkeiten im engeren Sinne, kannte das römische Recht drei verschiedene Arten. Die wichtigste und gewissermaaßen die Grundform, von welcher daher auch alle übrigen ausgingen, war die patria potestas, die strenge Familienherrschaft eines männlichen väterlichen Ascendenten, welcher zunächst dessen eheliche Kinder und, unter gewissen Voraussetzungen, auch dessen Enkel, Urenkel u. s. w., im Allgemeinen ohne Rücksicht des Geschlechtes, unterworfen waren.

Als ein zweites, davon zwar verschiedenes, aber der patria potestas dennoch entschieden nachgebildetes jus stellt sich dar die manus, die strenge Familiengewalt, welche dem Ehemanne, als solchem, zwar nicht immer und nicht schon als sich von selbst verstehende Folge einer jeden Ehe nach römischem Civilrechte, aber doch dann über seine Ehefrau zustand, si uxor in manum mariti convenerat. Diese manus mariti, welche ursprünglich nur der wahre Ehemann haben konnte, erhielt späterhin manche seltsame künstliche Erweiterungen, noch über das eigentliche Eheverhältniß hinaus, so daß Jemand, auch ohne ihr Ehemann zu sein, also nicht blos matrimonii causa, eine Person, aber freilich immer nur eine Frauensperson, in manu haben konnte.

Dazu kam, als dritte Art, dasjenige jus, welches einer Person über denjenigen Menschen zustand, welchen sie in mancipio hatte. Es bildete das ein Herrschaftsverhältniß, welches zwar mit den beiden anderen Familiengewalten über Freie in genauer

Verbindung stand, aber doch wieder einen ganz verschiedenen Charakter hatte. Es lag nämlich in der patria potestas sowohl, als in der manus von jeher das Recht des Gewaltinhabers, die dieser seiner Familienherrschaft unterworfenen Personen zu verkaufen und, durch Mancipation, in ein ganz eigenthümliches Dienstbarkeitsverhältniß zu einem Anderen zu übertragen. Machte nun der Gewaltinhaber von diesem Rechte Gebrauch, so gab er selber sein bisheriges jus über die ihm unterworfene Person auf. Dagegen erwarb derjenige Dritte, an welchen die Mancipation geschehen war, an dem Mancipirten, ohne Unterschied des Geschlechtes, dasjenige Gewaltsverhältniß, welches durch den Ausdruck: in mancipio esse, oder habere technisch bezeichnet wurde.

Andere wahre jura und Familiengewalten über Freie, außer den drei genannten, gab es nicht. Namentlich gehörte dahin nicht die Vormundschaft, tutela, oder cura, nicht einmal in der ältesten Zeit, wo doch die Vormundschaft noch einen sehr strengen Charakter an sich trug, und daher auch zuweilen mit einem jus, oder einer potestas verglichen wurde. Im Gegentheile konnten und sollten gerade nur homines sui juris unter der Vormundschaft stehen.

Alle drei oben erwähnten jura können nun freilich erst weiter unten im Systeme, bei Gelegenheit derjenigen Familienverhältnisse, mit welchen sie zunächst zusammenhängen, des Verhältnisses der Eltern zu ihren Kindern und der Ehe, ihre genauere Entwickelung finden. Doch verdienen folgende gemeinschaftliche und vergleichende Bemerkungen über dieselben darum schon hier einen Platz, weil sie dazu geeignet sind, schon zum Voraus ein helleres Licht auf die ganze Lehre zu werfen.

Alle jene Gewalten über Freie waren uralt, Ausflüsse und Ueberbleibsel der ursprünglichen, patriarchalischen Verfassung, und in dem strengen jus civile gegründet. Daher konnten auch nur römische Bürger sie haben, und nur römische Bürger ihnen unterworfen werden, während die dominica potestas von den Römern für juris gentium erklärt wird.

Alle drei Gewalten waren ferner, in ihrer ursprünglichen Gestalt, sehr streng und wurden von den Römern selbst oft geradezu mit der dominica potestas verglichen und zusammengestellt. Sie näherten sich auch wirklich, in vielen und wichtigen Punkten, der Gewalt über Unfreie sehr bedeutend. Denn

die ihnen unterworfenen Personen waren eben so wenig, wie ein servus, selbstständigen eigenen Vermögens fähig. Sie erwarben vielmehr, dem Sclaven gleich, Alles, was sie erwarben, ihrem Gewaltinhaber. Aber dennoch unterschieden sich jene drei Privatgewalten wesentlich von der dominica potestas dadurch, daß sie die Freiheit und Ingenuität niemals aufhoben, selbst mit der Civität verträglich waren, und überhaupt die Fähigkeit, jura status et familiae, zu haben, zuließen. Das gilt selbst von dem in mancipio esse, obgleich dieses, in seinen Folgen für den ihm Unterworfenen, die strengste Gewalt war, und ihn der servilis conditio am nächsten brachte. Er war zwar servi loco, tanquam servus, konnte namentlich wie ein Sclave und in derselben Form manumittirt werden, blieb aber trotzdem immer noch liberum caput und war gegen schimpfliche Sclavenbehandlung geschützt.

Eine allgemeine historische Bemerkung ist endlich die, daß alle Familiengewalten über Freie allmählig, besonders seit der Kaiserregierung, an Strenge bedeutend verloren, ja einige derselben sogar ganz aufgehört haben. Das Letztere gilt unbedingt von der manus mariti und, wenigstens einigermaaßen, von dem esse in mancipio, indem von diesem nur wenige schwache Spuren übrig geblieben sind.

Sequitur de jure personarum alia divisio. Nam quaedam personae sui juris sunt, quaedam alieno juri subjectae. Sed rursus earum personarum, quae alieno juri subjectae sunt, aliae in potestate, aliae in manu, aliae in mancipio sunt. Gai. I. §. 46. et 49.

Sui juris sunt familiarum suarum principes, id est paterfamilias, itemque materfamilias. Ulpian. Fragm. IV, §. 1.

Nam civium romanorum quidam sunt patresfamiliarum, alii filiifamiliarum, quaedam matresfamiliarum, quaedam filiaefamiliarum. Patresfamiliarum sunt, qui sunt suae potestatis, sive puberes, sive impuberes; simili modo matresfamiliarum. Filiifamiliarum et filiae, quae sunt in aliena potestate. Ulpian. in fr. 4. D. I, 6. de his, qui sui vel al.

In summa admonendi sumus, adversus eos, quos in mancipio habemus, nihil nobis contumeliose facere licere; alioquin injuriarum actione tenebimur. Gai. I. §. 141.

§. 70.

Juristische Personen.

Am einfachsten stellt sich der Begriff einer persona dar in der schon von der Natur selbst gegebenen Existenz eines

einzelnen menschlichen Individuum, als Trägers der Persönlichkeit. Eine solche Person, von welcher bisher allein die Rede war, pflegt heut zu Tage eine *physische Person* genannt zu werden.

In der That sind nun auch die Rechte zum Theil von der Art, daß nur einzelne Menschen, also nur solche physische Personen, als ihr Träger und Subject gedacht werden können. So namentlich die Rechte aus den eigentlichen Familienverhältnissen. Nichts desto weniger lassen sich auch Rechte denken, welche der Staat anerkennt, ohne sie jedoch auf einzelne menschliche Individuen, als ihre Träger, beschränken zu wollen. So z. B. die Vermögensrechte. Sollen nun aber dergleichen Rechte auf Wesen, die nicht schon von der Natur selbst als Personen gegeben sind, angewendet, also diesen zugeschrieben werden, so muß der Staat die dazu nöthige Persönlichkeit dieser Wesen erst künstlich schaffen, durch eine gewisse juristische Fiction. Daher dafür der heut zu Tage gangbare Ausdruck *juristische Person*. Weil aber doch die ganze Idee des Rechtes es mit sich bringt, daß nur *Menschen* Rechtsfähigkeit und Persönlichkeit beigelegt werden kann, so stellt sich auch eine solche juristische Person immer mit Nothwendigkeit dar als eine *Mehrheit von Menschen*, die, durch irgend ein juristisches Band zu einer Einheit verknüpft, vom Staate mit dem Charakter der Rechtsfähigkeit und Persönlichkeit ausgestattet worden ist. Die Idee einer solchen juristischen Person liegt im Grunde sehr nahe, schon in dem allgemeinen Begriffe des Staates selbst. Denn dieser, als die Gesammtheit aller Bürger, hat schon durch sich selbst mit Nothwendigkeit eine juristische Existenz und Persönlichkeit, welche er theils anderen Staaten, theils den einzelnen Genossen, aus denen er besteht, gegenüber geltend zu machen berufen ist. Diese juristische Person existirt also schon von selbst im Staate und braucht nicht erst von demselben künstlich geschaffen und anerkannt zu werden. Aber freilich von diesem Staate kann, durch seine Vermittelung, also durch eine wahre von ihm ausgehende Rechtsfiction, der Begriff der juristischen Person auch auf gewisse, dem Staate untergeordnete Mehrheiten von Menschen erstreckt werden. Das Gemeinsame aller dieser juristischen Personen besteht dann theils darin, daß mehrere Menschen, die entweder zu gleicher Zeit, neben einander, oder zu verschiedenen Zeiten, hinter einander existiren, oder auch wohl beides zusammen, als Einheit gedacht wer-

den; theils darin, daß diesem Gedanken irgend ein juristischer, publicistischer, religiöser, oder privatrechtlicher Zweck zum Grunde liegt, der eine solche Fiction als nothwendig, oder nützlich erscheinen läßt; theils endlich darin, daß der Staat, als die große, schon ursprünglich und schon von selbst bestehende, alle Rechtsfähigkeit in sich vereinigende und weiter spendende Gesammtheit, jene kleineren Gesammtheiten mit dem Charakter der Persönlichkeit anerkannt wissen will. Beispiele liefern die vielen publicistischen, religiösen und privatrechtlichen Corporationen, universitates, corpora. Allerdings spielen dergleichen juristische Personen auch im öffentlichen Rechte eine wichtige Rolle, indem zum Theil die ganze Verfassung des Staates damit genau zusammenhängt. Für das uns hier zunächst allein interessirende Privatrecht sind die juristischen Personen besonders dadurch sehr wichtig, daß sie der Vermögensverhältnisse fähig sind. Ferner dadurch, daß sie, obgleich sie der natürlichen Handlungsfähigkeit entbehren, dennoch mittelst eines künstlich durch ihre Verfassung geschaffenen Organes, Rechtshandlungen vornehmen können.

Auf einem bloßen, leicht zu erklärenden juristischen Sprachgebrauche beruht es, wenn in unseren Rechtsquellen zuweilen, als die berechtigte Person, gewisse Sachen, einzelne Vermögensstücke, oder auch wohl ganze Vermögen genannt werden, z. B. das Vermögen des Staates, unter dem Namen aerarium populi, oder fiscus, oder der Nachlaß, die Erbschaftsmasse eines Verstorbenen. Denn diese Sachen, oder Vermögen werden nur deßhalb und insofern als Personen bezeichnet, weil und inwiefern sie eine schon außerdem bestehende physische, oder juristische Person, namentlich den Staat selbst, eine andere Corporation im Staate, oder den Verstorbenen repräsentiren sollen.

Zweites Capitel.

Von dem status libertatis insbesondere.

§. 71.

Begriff der Sclaverei.

Gai. Comm. lib. I. §. 52—54. — Inst. lib. I. tit. 3. de jure personarum. tit. 8 de his, qui sui, vel alieni juris sunt.

Die ganze Idee eines besonderen status libertatis be-

steht nur durch die positiv rechtliche Anerkennung seines Gegensatzes, der Sclaverei. Dieses Rechtsinstitut der servitus, welches die Römer zu ihrer Zeit überall, auch in allen anderen civilisirten Staaten vorfanden, und eben darum für juris gentium erklären mußten, hat für uns zwar heut zu Tage, nach dem gänzlichen Verschwinden der Sclaverei, nur noch eine historische Bedeutung. Es bietet aber, eben in dieser Beziehung, ein hohes Interesse dar. Denn es war so tief in das ganze öffentliche und Privatleben der Römer verwachsen, es haben sich die übrigen Rechtsverhältnisse, namentlich auch die des Privatrechtes, mit steter Rücksicht darauf, und dadurch zum Theil so eigenthümlich gebildet, daß es fast unmöglich ist, diese übrigen Rechtsverhältnisse richtig aufzufassen, ohne ein genaueres Verständniß der Lehre von der Sclaverei. Es kommt noch hinzu, daß die Grundsätze von der Sclaverei und von gewissen rechtlichen Folgen der dominica potestas zum Theil von den Römern auch auf die Rechtsverhältnisse der Hauskinder, der filiifamilias angewendet worden sind.

Es hat nun aber die Sclaverei zwei verschiedene Seiten, nach denen hin sie juristisch wichtig erscheint.

Denn, in der uns hier zunächst liegenden Beziehung auf die Rechtsfähigkeit des Individuums, ist servitus der Zustand einer unbedingten Rechtlosigkeit. Daher die von den Römern mit großer, nicht selten unser heutiges Sittlichkeits- und Rechtsgefühl verletzender Consequenz durchgeführte, privatrechtliche Gleichstellung des servus mit bloßen Sachen, namentlich mit Thieren, im Gegensatze der Personen.

In Beziehung auf das Verhältniß des Sclaven zu seinem Herrn erscheint die Sclaverei als Zustand einer völligen, unbedingten Abhängigkeit des servus von dem Privatwillen seines Herrn. Daher die vollständige Anwendung des Eigenthumsbegriffes auf die Sclaven. Daher kann namentlich der Sclave auch zu derselben Zeit im Miteigenthume mehrerer Personen pro rata stehen. Der Umstand, daß der servus ein Mensch und vernünftiges Wesen ist, den die Römer keineswegs verkennen, gab dem Sclaven nur indirect insofern einen Vorzug vor den Thieren, als ihm dadurch die Möglichkeit gegeben war, späterhin einmal aus dem Zustande der servitus herauszutreten und, durch Erwerbung des status libertatis, ein freier Mensch

und dadurch eine Person zu werden. Auch modificirte sich danach, auf eine eigenthümliche Weise, die Nutzbarkeit des Sclaven für den Eigenthümer und Herrn. Denn der servus konnte nicht blos, wie ein Thier, durch seinen Körper und seine physischen, sondern auch durch seine geistigen Dienstleistungen das Vermögen seines Herrn vermehren und, in seiner Eigenschaft als menschliches Wesen, an der Persönlichkeit des Herrn insofern mittelbar Theil nehmen, als er fähig war, seinen Herrn, bei für ihn vorzunehmenden Rechtsgeschäften, äußerlich zu repräsentiren. Was nämlich der servus erwirbt, erwirbt er sofort, als dessen Werkzeug, für seinen Herrn, auch wenn dieser es ihm nicht ausdrücklich befohlen hat. Sind der Herren mehrere vorhanden, so erwirbt er für jeden pro rata. Es wäre denn, daß er ausdrücklich nur für einen derselben die Erwerbshandlung vornahm. Dagegen verpflichtet wird der Herr durch die Rechtsgeschäfte seines Sclaven nur dann, wenn er ihre Vornahme demselben befohlen hat. Es stellt sich das namentlich als ein sehr wichtiges Beförderungsmittel des Geschäftsverkehrs bei den Römern dar. Damit hängt zusammen, daß dem Herrn, neben dem Eigenthume an dem Sclaven, auch zugleich eine potestas über ihn zugeschrieben wird, also eine Gewalt und Herrschaft, wie sie auch über freie Menschen, also über Personen, möglich ist.[1])

Der angegebene wesentliche Charakter der Sclaverei bestand übrigens nicht blos so im älteren römischen Rechte, sondern hat sich noch bis auf Justinian's Zeit, namentlich trotz der allmähligen Verbreitung des Christenthumes über das römisch-griechische Reich, im Ganzen unverändert erhalten. Der Staat mischte sich in das Verhältniß des Herrn zu seinem Sclaven, welches ihm als ein rein privatrechtliches erschien, weiter gar nicht ein. Selbst die einzelnen, zu Gunsten der Sclaven erlassenen kaiserlichen Verordnungen von Augustus, Claudius, Hadrianus, Antoninus Pius und Anderen, wodurch die Unfreien gegen willkürliche Tödtung, so wie gegen gewisse andere Arten zu unmenschlicher Behandlung ihrer Herren in Schutz genommen wurden, änderten im Wesentlichen nichts daran. Denn sie gewährten dem Sclaven, als solchem, keine, auch nur beschränkte Rechtsfähigkeit, sondern haben offenbar nur die Natur von Gesetzen,

[1]) S. oben §. 69.

welche das Eigenthum, aus gewiſſen höheren polizeilichen Gründen, beſchränken, wie dergleichen auch für Sachen, namentlich auch für Thiere und deren Behandlung, oder Benutzung, möglich ſind.

Aus dem Bisherigen folgt ſchon von ſelbſt, daß, ſo verſchieden auch factiſch die Lage der Sclaven, nach der Individualität ihrer Herren, ſein mochte, dennoch es juriſtiſch keine eigentlichen Grade und Abſtufungen derſelben gab. Denn der, im ſpäteren römiſchen Rechte, beſonders ſeit Conſtantin, aufgekommene Colonat muß aus einem ganz anderen Geſichtspunkte beurtheilt werden. Er erſcheint nämlich mehr als ein, von der römiſchen Sclaverei verſchiedenes, aus dem germaniſchen in das römiſche Rechtsleben hinüber getragenes Inſtitut, verwandt mit der Leibeigenſchaft, wie dieſe ſich ſpäterhin in den germaniſchen Staaten entwickelt hat. Es gehörten dieſe coloni unzertrennlich zu einem Gute, Grundſtücke, zu deſſen Bebauung ſie beſtimmt waren. Sie führten den Namen coloni von dieſer ihrer landwirthſchaftlichen Beſtimmung für das Gut, den Namen adscripticii von ihrer Unzertrennlichkeit von jenem Gute, endlich den Namen censiti, tributarii, weil ihr Herr gewiſſe Abgaben für ſie an den Staat zu bezahlen hatte und dieſen census, dieſes tributum ſeinerſeits wieder von ihnen eintrieb. Sie waren zwar im Allgemeinen rechtsfähig und inſofern Perſonen, wurden aber doch, wegen ihres erwähnten ſtrengen Verhältniſſes zu dem beſtimmten Gute, gewiſſermaaßen als Sclaven dieſes Gutes, servi terrae, betrachtet.

Summa divisio in jure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt, aut servi. pr. Inst. I, 3. de jure pers.

In servorum conditione nulla est differentia. In liberis autem multae differentiae sunt. §. 4. Inst. eod.

In potestate igitur sunt servi dominorum, quae quidem potestas juris gentium est. Nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus, dominis in servos vitae necisque potestatem esse, et quodcunque per servum adquiritur, id domino adquiritur. Gai. I. §. 52.

Sed hoc tempore nullis hominibus, qui sub imperio romano sunt, licet supra modum et sine causa legibus cognita, in servos suos saevire. Nam ex constitutione Divi Antonini, qui sine causa servum suum occiderit, non minus puniri jubetur, quam qui alienum servum occiderit. Sed et major asperitas dominorum ejusdem principis constitutione coërcetur. Gai. in fr. 1. §. 2. D. I, 6. de his, qui sui.

Post legem Petroniam et senatusconsulta ad eam pertinentia dominis potestas ablata est, ad bestias depugnandas suo arbitrio servos tradere. Oblato tamen judici servo, si justa domini sit querela, sic poenae tradetur. Modestinus in fr. 11. §. 2. XLVIII, 8. ad leg. Corn. de sicariis.

Coloni, licet conditione videantur ingenui, servi tamen terrae ipsius, cui nati sunt, existimantur. Theodos. et Valentinianus in c. un. C. IX, 51. de colon. thrac.

§. 72.

Entstehung und Ende der Sclaverei.

Inst. lib. I. tit. 3. de jure person. tit. 5. de libertinis. tit. 6. quibus ex causis manumittere non licet. tit. 7. de lege Furia Caninia tollenda. — Dig. lib. XL. tit. 8. qui sine manumissione ad libertatem perveniunt. — Dig. lib. XL. tit. 2. de manumissis vindicta. tit. 5. de fideicommissariis libertatibus. — Cod. lib. VII. tit. 1. de vindicta et apud consilium manumissione. tit. 2. de testamentaria manumissione. tit. 4. de fideicommissariis libertatibus.

Viele Menſchen wurden ſchon als Sclaven geboren. Denn alle Kinder einer ancilla fielen, ohne Rückſicht auf den perſönlichen Zuſtand des Vaters, immer ohne weiteres, nach der Anwendung der Grundſätze vom Eigenthume an Thieren, — partus sequitur ventrem — als Sclaven in das Eigenthum des Herrn der Mutterſclavin. Aber auch bisher freie Menſchen konnten, durch mancherlei Ereigniſſe, ihren status libertatis verlieren und Sclaven werden. Sie erlitten dann dadurch eine capitis deminutio, und zwar die ſchwerſte, die maxima capitis deminutio. Zwar konnte ein freier Menſch ſich nicht ſelber vertragsmäßig zum Sclaven verkaufen, weil die Freiheit für ein unſchätzbares Gut galt; wohl aber konnte er, wenigſtens nach dem älteren römiſchen Rechte, durch Inſolvenz, und zu jeder Zeit durch Kriegsgefangenſchaft, ſo wie zur Strafe wegen gewiſſer Verbrechen, servus werden.

Das Ende der Sclaverei ereignet ſich regelmäßig erſt durch den Tod des servus. Doch kann ſchon vorher ausnahmsweiſe ein dem bisherigen Sclaven günſtiges Ereigniß eintreten, was ihm die Freiheit gewährt. Dahin gehört die Rückkehr aus der Kriegsgefangenſchaft, indem jure postliminii der Zurückkehrende in alle ſeine früheren Rechtsverhältniſſe wieder eintrat. Ferner gehören hierher einige wenige Fälle, in welchen der Sclave, zur Belohnung für ſeine eigene gute That, oder zur Beſtrafung

des Herrn, frei wird. Endlich ganz beſonders die Freilaſſung, manumissio, des Sclaven von Seiten des Herrn.

Dieſe Manumiſſionsbefugniß lag in dem Eigenthumsrechte des Herrn und ſtand daher auch nur dieſem allein zu. Indeſſen war es doch ausnahmsweiſe dem Staate, früherhin dem Senate, ſpäterhin dem Kaiſer geſtattet, einem fremden Sclaven, wegen ſeiner beſonderen Verdienſte um den Staat, gegen Entſchädigung ſeines Herrn, die Freiheit zu ertheilen. Das Manumiſſionsrecht des Herrn ſelbſt war anfangs ganz unbeſchränkt. Späterhin wurde es zwar, um mancherlei Mißbräuchen, die dabei vorkamen, zu begegnen, mehrfach beſchränkt, durch die leges Aelia Sentia und Furia Caninia, indirect auch durch die lex Junia (Norbana). Aber unter Juſtinian ſind faſt alle dieſe Beſchränkungen wieder hinweg gefallen. Nur mußte freilich die Manumiſſion von jeher, um volle Wirkſamkeit zu haben, mit Beobachtung gewiſſer äußerer Formen vorgenommen werden. Zu dieſen Formen gehörten ſchon in der älteren Zeit die manumissio vindicta — censu — testamento. Späterhin, unter Conſtantin, manche ſogar erſt unter Juſtinian, kamen noch hinzu die manumissio in ecclesiis — inter amicos — per epistolam — per convivium, anfangs zwar zum Theil mit weniger vollſtändigen Wirkungen, ſ. g. manumissiones minus solennes, zuletzt jedoch jenen ſolennen ganz gleichgeſtellt. Fehlte es an der gehörigen Form, während der Herr entſchieden dem Sclaven die Freiheit zugewendet wiſſen wollte, ſo hieß es von dem bisherigen Sclaven zwar nicht, daß er liber homo geworden, wohl aber, daß er in libertate ſei, was nicht ohne rechtliche Folgen war. Wenn ferner der Sclave zwar noch nicht förmlich manumittirt, ihm aber doch von ſeinem Herrn im Teſtamente, oder ſonſt, die Freiheit unter einer Bedingung, oder nach Ablauf einer beſtimmten Zeit zugeſichert worden war, ſo blieb er freilich in dieſer Zwiſchenzeit immer noch servus. Allein er hieß doch, als deſignirter Freier, ſchon jetzt statu liber, und wurde, nach dem Eintritte der Bedingung, oder des Zeitpunktes, ohne weiteres frei, auch wenn er inzwiſchen an einen anderen Herrn gekommen war. Dagegen konnte umgekehrt auch eine bereits wirklich und förmlich erfolgte Manumiſſion noch hinterdrein, wegen bewieſenen groben

Undankes von Seiten des Freigelassenen, vom Freilasser widerrufen werden.

Servi aut nascuntur, aut fiunt. Nascuntur ex ancillis nostris: fiunt aut jure gentium, id est ex captivitate, aut jure civili, quum homo major viginti annis ad pretium participandum sese venumdari passus est. §. 3. Inst. I, 3. de jur. pers.

Manumissio autem est datio libertatis. Nam, quamdiu quis in servitute est, manui et potestati suppositus est et manumissus liberatur potestate. Quae res a jure gentium originem sumpsit. —

Multis autem modis manumissio procedit, aut enim ex sacris constitutionibus in sacrosanctis ecclesiis, aut vindicta, aut inter amicos, aut per epistolam, aut per testamentum, aut aliam quamlibet ultimam voluntatem. Sed et aliis multis modis libertas servo competere potest, qui tam ex veteribus, quam nostris constitutionibus introducti sunt. §. 2. Inst. I, 5, de libertin.

Vindicta manumittuntur apud magistratum, velut praetorem, consulem, proconsulem. Censu manumittebantur olim, qui lustrali censu Romae, jussu dominorum, inter cives Romanos censum profitebantur. Ut testamento manumissi ipso jure liberi sint, lex duodecim tabularum facit, quae confirmat cet. — Ulpian. Fragm. I. §. 7—9.

Qui sub conditione testamento liber esse jussus est, statu liber appellatur. Statu liber, quamdiu pendet conditio, servus heredis est. Statu liber, sive alienetur ab herede, sive usucapiatur ab aliquo, libertatis conditionem secum trahit. Ulpian. Fragm. II. §. 1—3.

§. 73.

Ingenui und libertini.

Gai. Comm. lib. I. §. 10—48. — Instit. lib. I. tit. 4. de ingenuis. tit. 5. de libertinis.

Unter den oben angegebenen Voraussetzungen wurde der freigelassene Sclave zwar immer ein liber homo. Ob er aber auch civis romanus, oder blos latinus Junianus, oder gar nur dediticiorum numero wurde, das hing früherhin ab theils davon, ob der Freilasser den Sclaven im quiritarischen, oder bloßen bonitarischen Eigenthume gehabt, theils von der Art und Form der Freilassung, so wie von manchen anderen Umständen. Nach dem neuesten römischen Rechte wird er immer civis.

Jedenfalls wurden durch die Manumission für den Freigelassenen nicht alle Folgen seiner ehemaligen Sclaverei und nicht

alle äußere Erinnerungen daran ganz aufgehoben. Vielmehr äußerten sich dergleichen nach einer doppelten Richtung hin, in staatsbürgerlicher und in privatrechtlicher Hinsicht.

Denn in der ersteren Beziehung unterschied sich der Freigelassene von dem Freigeborenen, ingenuus, eben dadurch, daß er bisher, und zwar durch seine Geburt, ein servus gewesen. Er hieß in dieser Beziehung, seinem Stande, seiner conditio nach, libertinus, und war, im Gefolge davon, selbst wenn er die Civität erlangte, in mancherlei Punkten des öffentlichen und des Privatrechtes, bürgerlich zurückgesetzt. Im neuesten römischen Rechte fällt dieses so gut wie ganz hinweg, und schon früher konnte einem libertinus die Ingenuität, mit allen rechtlichen Wirkungen derselben, im einzelnen Falle durch kaiserliche Gnadenconstitutionen ertheilt werden. Restitutio natalium. Die bloße, vom Kaiser ausgehende Ertheilung des jus aureorum annulorum gewährte zwar ebenfalls die Ingenuität, aber ohne Befreiung von dem Patronatsverhältnisse. Dadurch, daß ein Freigeborener durch mancherlei Verhältnisse Sclave nnd sodann wieder ein Freier wurde, verlor er die ihm angeborene Ingenuität nicht.

Nicht weniger wichtig, wenngleich nur für das Privatrecht, war das, durch die Manumission entstandene, einem Familienverbande ähnliche Verhältniß des Freigelassenen, als libertus, zu seinem Freilasser, dem patronus. Es sollte nämlich, durch den Act der Freilassung, die bisher so enge Verbindung zwischen dem Herrn und seinem Sclaven nicht ganz aufgehoben werden, sondern, im Interesse Beider, nur freilich in einer milderen Form, welche auch auf Freie Anwendung litt, fortdauern. Der Inbegriff derjenigen Rechte, welche dadurch der Patron, seinem libertus gegenüber, erwarb, heißt das Patronatsrecht. Es beruhte, seinem Inhalte und Umfange nach, zunächst auf einer allgemeinen Gesetzesvorschrift, welche als Regel eintrat. Demgemäß war der Freigelassene seinem Patrone immer obsequium, d. h. eine gewisse Ehrerbietung schuldig, in Gefolge deren er keine infamirenden, oder sonst compromittirenden Klagen gegen denselben anstellen durfte. Auch Ehrendienste gewisser Art, operae officiales, konnte der Patron von ihm verlangen. Es mußte ferner der Freigelassene dem Patrone, wenn dieser verarmte, Alimente verabreichen, und bei dem Tode des Freigelassenen

ſtanden dem Patrone gewiſſe Erbanſprüche auf deſſen Nachlaß zu. Nicht ſelten wurden aber dieſe regelmäßigen Verpflichtungen des Freigelaſſenen noch erweitert durch die beſonderen, individuellen Bedingungen, jurata promissio, unter welchen die Manumiſſion geſchehen war.[1]) Uebrigens war das Patronatsverhältniß inſofern ein gegenſeitiges, als dem Patrone auch ſeinerſeits, dem Freigelaſſenen gegenüber, gewiſſe Pflichten, namentlich Schutzpflichten oblagen. Auf die Nachkommen, oder Erben des libertus erſtreckte ſich das Patronatsverhältniß nicht, eben ſo wenig auf die Erben des Freilaſſers, als ſolche, wohl aber auf deſſen Kinder, Söhne und Töchter, als ſolche. Auch noch im neueſten römiſchen Rechte, ſelbſt nachdem der libertinus, ſeiner conditio nach, dem ingenuus gleichgeſtellt worden, iſt das Patronatsrecht geblieben. Doch konnte von jeher Jemand libertinus werden, ohne einen patronus zu bekommen, nämlich dann, wenn er im Teſtamente unmittelbar in Legatsform von ſeinem Herrn für frei erklärt worden war. Libertus orcinus.[2])

Mit dieſem eigentlichen Patronatsrechte iſt nicht zu verwechſeln das, im älteren römiſchen Rechte noch eine wichtige Rolle ſpielende, gegenſeitige Schirm- und Schutzverhältniß zwiſchen dem Patronus und ſeinen Clienten, welches nicht durch Freilaſſung, ſondern durch freie Wahl entſtand. Im neueren römiſchen Rechte kommt es nicht mehr vor.

In liberis multae differentiae sunt; aut enim ingenui sunt, aut libertini. §. 5. Inst. I, 3. de jur. pers.

Ingenuus est, qui statim, ut natus est, liber est. — Cum autem ingenuus aliquis natus sit, non officit illi, in servitute fuisse. Saepissime enim constitutum est, natalibus non officere manumissionem. pr. et §. 1. Inst. I, 4. de ingen.

Libertini sunt, qui ex justa servitute manumissi sunt. pr. Inst. I, 5. de libertin.

---

[1]) S. weiter unten §. 131. a. E.

[2]) S. weiter unten §. 223.

Drittes Capitel.

Von dem status civitatis insbesondere.

§. 74.

Begriff, Erwerbung und Verlust der Civität.

Es liegt schon in der Natur des Verhältnisses, daß, je mächtiger und zugleich in sich selbst abgeschlossener ein Staat ist, je mehr ferner die besondere politische Verfassung dem einzelnen Bürger, schon als solchem, unmittelbaren Antheil an der Regierungsgewalt gestattet, desto höher der Werth und die Bedeutung des Bürgerrechtes steigt. Daher ursprünglich die hohe Wichtigkeit des zweiten status, des status civitatis, dessen Verlust, salva libertate, die media capitis deminutio begründete. Wer ihn nicht hatte, hieß peregrinus, auch wohl in der älteren Zeit hostis, und galt in der That ursprünglich dem Feinde gleich, d. h. für ganz rechtlos. Späterhin wurde ihm jedoch der Genuß der Rechtsverhältnisse des jus gentium zugestanden, so wie der seines eigenen, einheimischen Rechtes, insoweit es von den Römern anerkannt war. Nur der Antheil am eigentlichen jus civile, als dem proprium jus civium romanorum, blieb dem peregrinus versagt.

Die in der civitas romana liegenden Rechte waren theils politisch-publicistischer Natur, indem von ihnen die Theilnahme an der Staatsregierung abhing, besonders das jus suffragii und das jus honorum, theils mehr blos privatrechtlicher Natur, namentlich das jus commercii und jus connubii. Indessen auch die letzteren hatten, besonders in der früheren Zeit des Staates, eine wichtige politische Seite.

Erworben wurde das römische Bürgerrecht vorerst durch Geburt, wenn die Eltern, oder wenigstens derjenige Parens, welchem das Kind folgt, ein römischer Bürger war; ferner durch Manumission unter gewissen Voraussetzungen; endlich durch besondere Ertheilung der Civität, wie sie ursprünglich von dem Volke und Senate, späterhin von dem Kaiser, bald zu Gunsten ganzer Völkerschaften oder Gemeinden, bald zu Gunsten Einzelner, erfolgen konnte. Verloren ging die Civität für ganze Völkerschaften durch Einziehung zur Strafe, wegen politischer Ver-

gehen, für Einzelne theils durch den Verluſt der Freiheit, als der Grundlage der Civität, theils, ohne maxima capitis deminutio, durch freiwillige Aufgabe, wohin auch die Annahme eines fremden Bürgerrechtes gehört, indem dieſes mit dem Fortbeſtehen der römiſchen Civität unverträglich war. Endlich konnte man auch, als Einzelner, im Gefolge gewiſſer Strafen in der älteren Zeit der aquae et ignis interdictio, unter den Kaiſern der deportatio, den status civitatis verlieren.

Hostis apud majores nostros is dicebatur, quem nunc peregrinum dicimus. Indicant XII tabulae, ut: status dies cum hoste; itemque: adversus hostem aeterna auctoritas. Cic. de offic. I. cap. 12.

Commercium est emendi vendendique invicem jus. Ulp. Fragm. XIX. §. 5.

Connubium est uxoris jure ducendae facultas. Ulp. Ibid. V. §. 3.

§. 75.

Mittelſtufen zwiſchen cives romani und peregrini.

Urſprünglich war zwiſchen cives romani und ſolchen, welche die Civität nicht hatten, den Peregrinen, keine eigentliche Mittelſtufe vorhanden. Selbſt der ſcharfe Kaſtenunterſchied zwiſchen Patriciern und Plebejern, ſo lange er beſtand, konnte als ſolche nicht angeſehen werden. Denn auch die Plebejer hatten, wenigſtens ſeit der Grundveränderung, welche König Servius Tullius mit der Staatsverfaſſung vorgenommen, obgleich politiſch mannigfach den Patriciern gegenüber zurückgeſetzt, doch, als in den eigentlichen populus mit aufgenommen, wahres Bürgerrecht.

Aber das mußte ſich ändern, ſeitdem allmählig der römiſche Staat durch Eroberungen, Bündniſſe und Freilaſſungen, ſo wie überhaupt durch erweiterten Verkehr eine Menge neuer Unterthanen und befreundeter Genoſſen, welche ſämmtlich nach Antheil an der römiſchen Civität ſtrebten, erhalten hatte. Denn jetzt blieb ihm nichts übrig, als entweder allen dieſen Perſonen die volle Civität zu bewilligen, oder Abſtufungen und Uebergänge zu bilden. Da ſich die Politik und der römiſche Stolz gegen die erſtere Maaßregel ſträubte, ſo wurde der letztere Ausweg gewählt. So entſtanden gewiſſe Mittelſtufen zwiſchen den wahren römiſchen Bürgern und zwiſchen den bloßen einfachen Peregrinen, in-

dem gewissen Personen wenigstens ein beschränkter, größerer oder geringerer, Antheil an dem jus civile, besonders an den privatrechtlichen Vortheilen desselben, gewährt wurde. Dahin gehören vorerst die latini, d. h. diejenigen Freigelassenen, denen, wegen Mangels streng civilrechtlicher Manumission, zwar nicht das volle Bürgerrecht, aber doch, nach Inhalt der lex Junia Norbana, das Recht der latini coloniarii, d. h. das commercium, nicht aber das connubium, eingeräumt war; daher latini Juniani genannt. Sodann die socii, welche sich, durch abgeschlossene Bündnisse mit dem römischen Staate, besondere Vorrechte erworben hatten, und dadurch in ein günstigeres Verhältniß zum römischen Staate versetzt worden waren, als die dediticii, d. h. diejenigen Völker, welche durch Waffengewalt der römischen Herrschaft unterworfen worden.]

Uebrigens lag es in dem natürlichen geschichtlichen Gange, den späterhin der römische Staat nahm, daß allmählig der vorzügliche Werth, welchen die römische Civität früherhin behauptet hatte, immer tiefer sinken mußte. Je mehr das Reich an Umfang zunahm, je mehr, durch den Uebergang der libera respublica zu einer strengen Monarchie, die Civität für den Einzelnen die frühere politische Bedeutung verlor, je mehr endlich das jus civile und das jus gentium sich einander näherten und fast mit einander verschmolzen, in demselben Verhältnisse wurde auch die römische Civität immer freigebiger ertheilt, bis, zum Theil schon unter Caracalla, noch allgemeiner aber unter Justinian, alle bleibende freie Unterthanen des römischen Reiches die volle Civität erhielten.

§. 76.

Die existimatio, deren consumtio und minutio.

Dig. lib. III. tit. 2. de his, qui notantur infamia. — Cod. lib. II. tit. 12. ex quibus causis infamia irrogatur.

Wer der römischen Civität theilhaftig war, dem verlieh dieselbe eine gewisse äußere Würde, dignitas, welche eben in dem wohlbegründeten, vollen Anspruche auf die in der Civität gesetzlich liegenden, politischen und Privatrechte ihren Ursprung und ihre Stütze fand. Dieser persönliche Zustand und der darauf gebaute Anspruch der Person heißt die existimatio, fama, bürger-

liche Ehre, und war eine vollständige, illaesa existimatio s. fama, so lange diese Person, in jeder Beziehung, bürgerlich ganz unbescholten blieb. Sie war aber sowohl einer gänzlichen Entziehung, als auch einer theilweisen Schmälerung fähig.

Eine völlige Entziehung derselben war nur dadurch denkbar, daß ihre politische Grundlage, die Civität, gänzlich vernichtet wurde. Das hieß dann consumtio existimationis. Dagegen konnte ein römischer Bürger in manchen Fällen, ohne der Civität und der damit verknüpften existimatio ganz verlustig zu gehen, wegen seines, in irgend einer Beziehung, verwerflichen Benehmens, eines Theiles der in der Civität liegenden Rechte und Vorzüge, im Gefolge eines rechtlichen Grundsatzes, für unwürdig erklärt werden. Dergleichen minutiones existimationis kamen nun in sehr verschiedenen Graden und mit verschiedenen Wirkungen vor. Die älteste beruht auf einer uralten gesetzlichen Vorschrift, welche bis auf die XII Tafeln zurückgeführt wird, wonach gewisse Personen, wegen gewisser Vergehen, für improbi et intestabiles gelten sollten. Daran schlossen sich die censorischen Rügen, notae censoriae, mit ihren mancherlei Abstufungen, die nicht auf festen gesetzlichen Bestimmungen, sondern vielmehr auf individuellem arbitrium des jedesmaligen Censors beruhten, und eben deßhalb in ihren Wirkungen mehr blos transitorisch waren. Als eine weit ausgebildetere und auf festeren bleibenden Grundsätzen beruhende minutio existimationis erscheint die infamia. Wenn sie auch vielleicht, ihrem Ursprunge nach, ein schon älteres civilrechtliches Institut war, so verdankte sie doch jedenfalls ihre genauere Ausbildung dem Edicte der Prätoren. Denn diese wollten, wegen eines ihnen anhaftenden bürgerlichen Makels, gewissen Personen, die sie als infames im Edicte bezeichneten, nicht gestatten, in der Ausdehnung und Art, wie andere unbescholtene Leute, für sich selbst, oder für Andere vor Gericht zu erscheinen, zu postuliren. Eine solche infamia entzog dem damit Behafteten zwar jedenfalls und immer nur eine gesetzlich genau bestimmte Reihe von bürgerlichen, theils politischen, theils das Privatrecht betreffenden, Gerechtsamen, hatte aber in dieser Beziehung Abstufungen, indem nicht alle Infame gleich streng behandelt wurden. Ihrer Entstehung nach knüpfte sich die Infamia, laut der Fassung der Worte des Edictes, als

Folge, bald schon unmittelbar an gewisse erwiesene, unehrbare Handlungen eines römischen Bürgers, indem es im Edicte hieß: si quis fecerit, infamis esto, bald dagegen erst mittelbar an die hinterdrein stattgefundene, förmliche Verurtheilung des Bürgers, wegen gewisser, von den Gesetzen bestimmter Handlungen. Es hieß hier: si quis condemnatus fuerit, infamis esto. Ihre Wirkungen waren um so schwerer, weil sie regelmäßig den Infamen für seine ganze Lebenszeit trafen. Doch konnte die infamia ihm ausnahmsweise schon früher wieder abgenommen werden. Entweder durch Begnadigung, restitutio famae, von Seiten des Staatsoberhauptes, oder durch eine von dem Richter, als solchem, ertheilte restitutio in integrum gegen das verurtheilende Erkenntniß. Mit dieser Infamia darf übrigens nicht verwechselt werden der von den Gesetzen anerkannte Grundsatz, daß ein Bürger, welcher durch sein erweislich unwürdiges Benehmen sich die gerechte Verachtung seiner anständigen Mitbürger zugezogen, selbst dann, wenn er dadurch nicht geradezu infamis geworden, dennoch für eine turpis persona galt, cujus opinio apud bonos et aequos gravata est. Die Folge davon war eine gewisse bürgerliche Zurücksetzung, welche, in ihren rechtlichen Wirkungen, zwar nicht mit denen der Infamia ganz zusammen fiel, aber mit ihr doch einige Aehnlichkeit hatte. Endlich finden sich, besonders im neueren römischen Rechte, deutliche Spuren davon, daß auch gewisse verachtete Lebensbeschäftigungen und Gewerbe denjenigen, die sich ihnen widmeten, an ihrer existimatio schadeten. Sie wurden, in dieser Beziehung, als viles und humiles personae bezeichnet.

Existimatio est dignitatis illaesae status, legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto auctoritate legum aut minuitur, aut consumitur.

Minuitur existimatio, quotiens, manente libertate, circa statum dignitatis poena plectimur, sicuti cum relegatur quis, vel cum ordine movetur, vel cum prohibetur honoribus publicis fungi, vel cum plebejus fustibus caeditur, vel in opus publicum datur, vel cum in eam causam quis incidit, quae edicto perpetuo, infamiae causa, enumeratur.

Consumitur vero, quotiens magna capitis deminutio intervenit, id est, cum libertas adimitur. Callistratus in fr. 5. §. 1—3. D. L, 13. de extraord cogn.

Cum lege quis intestabilis esse jubetur, eo pertinet, ne ejus testimonium recipiatur, et eo amplius, ut quidam putant, neve

ipsi dicatur testimonium. Gaius in fr. 26. D. XXVIII, 1. qui testamenta facere possunt.

§. 77.

Einfluß der Religion auf die Rechtsfähigkeit.

Seitdem die christliche Religion unter Kaiser Constantin zur Staatsreligion erhoben worden, setzte der volle Genuß der bürgerlichen Rechte nicht blos voraus, daß man ein Christ, kein Heide, oder Jude war, sondern auch, daß man sich zu der orthodoxen, d. h. zu der von dem Kaiser und seinem Clerus approbirten, christlichen Kirche hielt. Zur Rechtgläubigkeit eines Christen gehörte im justinianischen Rechte, daß man namentlich die Aussprüche der vier ökumenischen Synoden, von Nicäa, Constantinopel, Ephesus und Chalcedon, anerkannte. Wer zwar Christ war, aber jene Glaubensartikel nicht anerkannte, hieß Ketzer, haereticus, und wenigstens einige Arten derselben, z. B. die Manichäer, galten fast ganz als rechtlos. Eben so der vom christlichen Glauben Abgefallene, der apostata. Juden und Heiden wurden bei weitem nicht mit derselben Strenge behandelt.

Viertes Capitel.

Von dem status familiae insbesondere.

§. 78.

Begriff von familia.

Die verschiedenen juristischen Bedeutungen des Wortes familia lassen sich füglich alle darauf zurückführen, daß sie die, als ein geschlossenes Ganze betrachtete, Gesammtheit desjenigen bezeichnen, was der Privatgewalt und Herrschaft einer und derselben bestimmten Person unterworfen ist. Dahin gehört vorerst das gesammte Vermögen, besonders insofern der bisherige Inhaber als schon verstorben gedacht wird, oft mit dem Zusatze familia pecuniaque. Dahin gehört ferner die Gesammtheit aller derjenigen Menschen, welche der Privatgewalt, Familienbotmäßigkeit, potestas, manus, mancipium, desselben Oberhauptes unterworfen sind. Letzteres zuweilen in einem be-

schränkteren Sinne, in welchem vorzugsweise der Inbegriff aller Sclaven desselben Herrn die familia desselben heißt, und dann wieder einen geschlossenen, nicht unwichtigen Theil des gesammten Vermögens einer Person bildet. Endlich, in dem zunächst hierher gehörenden Sinne, bezieht sich der technische Ausdruck familia auf die Gesammtheit aller derjenigen freien Menschen, welche sich in der Familiengewalt desselben Oberhauptes befinden. Danach bezeichnet familia den Inbegriff der Agnaten, d. h. aller derjenigen Personen, welche durch dasselbe gemeinschaftliche Band der patria potestas, oder manus mit einander verknüpft sind, den gemeinschaftlichen Gewaltinhaber selbst mit eingeschlossen.

Es war nämlich, nach Ansicht des römischen Civilrechtes, nicht zunächst das natürliche, blutsverwandtschaftliche Verhältniß der Cognation, was den eigentlichen engeren, streng geschlossenen Familienkreis, mit seinen vielen rechtlichen Wirkungen, bildete, sondern, unter dem Namen der Agnation, ein anderes, rein juristisches Verhältniß. Letzteres fiel zwar zufällig meist mit jenem natürlichen zusammen, brauchte aber durchaus nicht nothwendig auf Cognation zu beruhen, so wie auch umgekehrt die Cognation oft ohne damit verbundene Agnation bestand. Dieses Agnatenverhältniß hing vielmehr, in folgender Art, mit der strengen Familienherrschaft, namentlich mit der Eigenthümlichkeit der väterlichen Gewalt zusammen. Letztere stand, wie sich weiter unten im Familienrechte genauer zeigen wird, dem selbstständigen römischen Bürger nicht blos über seine ehelichen Söhne und Töchter zu, sondern auch, wenn nichts Hinderndes dazwischen kam, über die ehelichen Enkel und Enkelinnen von jenen Söhnen, ja sogar über die ehelichen Urenkel und Urenkelinnen von dergleichen männlichen Enkeln, welche sämmtlich seine filiifamilias wurden. Es konnte ferner ein römischer Bürger durch Adoption auch über andere Personen, welche gar nicht im natürlichen Descendentenverhältnisse zu ihm standen, die väterliche Gewalt erwerben. Auf diese Weise war es möglich, daß sich ein, oft sehr weiter Familienkreis bildete, bestehend aus lauter Personen, welche alle mit einander durch dasselbe Band der väterlichen Gewalt vereinigt waren, sei es nun als Inhaber dieser potestas, oder als ihr Untergebene. Alle diese Personen hießen im Verhältnisse zu einander Agnaten, und ihr streng

geschlossener Kreis bildete eben die familia. Es dauerte auch dieses Agnationsverhältniß, einmal begründet, für sämmtliche Familienglieder ununterbrochen fort, wenngleich etwa späterhin jenes gemeinschaftliche, sie alle verknüpfende Band der väterlichen Gewalt, auf naturgemäße Weise, d. h. durch den Tod des gemeinschaftlichen Familienoberhauptes, sich löste, und dadurch zum Theil die bisher jener Familiengewalt Unterworfenen selbstständige Häupter ihrer eigenen Familien wurden. Dann brach sich die große, ursprüngliche Familie in mehrere kleinere Familien, die in gewisser Beziehung zwar selbstständig neben einander bestanden, aber doch, mit Rücksicht auf das ursprüngliche gemeinschaftliche Familienoberhaupt, noch immer zusammen integrirende Theile, Mitglieder einer und derselben gemeinschaftlichen Agnations- und Familienverbindung bildeten. Nur wenn ein bisheriges Familienglied die Freiheit, oder die Civität und damit die nothwendige Grundlage der Agnation verlor, oder durch Emancipation, also auf gewaltsamem, wenigstens künstlichem Wege aus der väterlichen Gewalt heraustrat, nur dann löste sich, aber freilich nur für diesen Austretenden selbst, das Verhältniß der Agnation zu den bisherigen, immer noch die Familien fortsetzenden Gliedern auf. Eine Person, welche zwar nicht unter der väterlichen Gewalt, aber, als Ehefrau, unter der manus ihres Mannes stand, gehörte, weil sie dadurch filiaefamilias loco war, ebenfalls, aber freilich nur für ihre eigene Person, mit zur Familie dieses ihres Mannes.

Daraus geht hervor, daß Frauenspersonen zwar sehr wohl, in ihrer Eigenschaft als filiaefamiliarum, für ihre eigene Person Agnatinnen, Mitglieder einer Familienverbindung sein, aber niemals, als vermittelndes Glied, diese Familie erweitern können. Denn nur die (eheliche) Verwandtschaft durch Mannspersonen begründet Agnation. Daraus geht ferner hervor, daß man sehr wohl Cognat, selbst nächster Cognat einer Person sein kann, ohne ihr Agnat zu sein. Umgekehrt kann man, im Gefolge einer Adoption, Agnat einer Person sein, ohne ihr wirklicher Cognat zu sein. Doch wird man dann juristisch, so lange man Agnat bleibt, in gewisser Beziehung auch zugleich als Cognat behandelt.

Auf den allgemeinen Begriff dieser Agnation bleibt es ohne Einfluß, ob im Uebrigen die Familienglieder einander, dem Grade

der Verwandtschaft nach, näher, oder entfernter stehen. Einerlei ist ferner, es mag die Agnation durch ein einziges Gewaltsverhältniß, oder durch eine ganze Kette successiver, oder neben einander bestehender Gewalten, in der oben angegebenen Weise vermittelt werden. Denn es ist nur die patria potestas des ursprünglichen gemeinschaftlichen Familienoberhauptes, des princeps familiae, welche die Agnation begründet und auf welche dabei zurück gegangen werden muß. Damit steht jedoch nicht im Widerspruche, daß in derselben Familie, bei der Ausübung der Agnationsrechte, diejenigen einen Vorzug genießen, deren Agnation, dem Grade der Verwandtschaft nach, die nähere ist. Dabei verdient besonders hervorgehoben zu werden der Begriff der sui. So heißen nämlich diejenigen Agnaten, welche zu einem bestimmten anderen, zunächst in Frage stehenden männlichen Agnaten im unmittelbaren Gewaltsverhältnisse stehen. Wie dieser Vorzug der Suität sich besonders im Erbrechte äußert, wird sich weiter unten zeigen.

Weder Cognation, noch Agnation, sondern nur ein der Verwandtschaft entfernt ähnliches Verhältniß, welches mancherlei praktische Folgen hatte, bildete die bloße Affinität, Verschwägerung. So heißt nämlich das Verhältniß eines Ehegatten zu den Cognaten des anderen Ehegatten, ohne daß jedoch die beiderseitigen Cognaten der Ehegatten davon berührt werden. Bloße Agnaten des einen Ehegatten, welche nicht auch wirklich leibliche, natürliche Cognaten desselben sind, gelten nicht für affines des anderen Ehegatten. Auch die beiden Ehegatten selbst sind nicht affines von einander.

Familiae appellatio qualiter accipiatur, videamus. Et quidem varie accepta est. Nam et in res et in personas deducitur. In res, ut puta in lege XII tabularum, his verbis: agnatus proximus familiam habeto.

Familiae appellatio refertur et ad corporis cujusdam significationem, quod aut jure proprio ipsorum, aut communi universae cognationis continetur. Jure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate, aut natura, aut jure subjectae; ut puta patremfamilias, matremfamilias, filiumfamilias, filiamfamilias, quique deinceps vicem eorum sequuntur, utpote nepotes et neptes et deinceps. — Communi jure familiam dicimus omnium agnatorum: nam, etsi, patrefamilias mortuo, singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte ejusdem familiae appellabantur, quia ex

eadem domo et gente proditi sunt. Ulpianus in fr. 195. §. 1 et 2. D. L, 16. de verb. signif.

Familiae appellatione et ipse princeps familiae continetur. Gaius in fr. 196, D. eod.

Sunt autem agnati per virilis sexus personas cognatione conjuncti, quasi a patre cognati, veluti frater eodem patre natus, fratris filius neposve ex eo, item patruus et patrui filius, neposve ex eo. At, qui per feminini sexus personas cognatione junguntur, non sunt agnati, sed alias naturali jure cognati. §. 1. Inst. I, 15. de legitima agnatorum tutela.

Inter agnatos igitur et cognatos hoc interest, quod inter genus et speciem. Nam, qui est agnatus, et cognatus est, non utique autem, qui cognatus est, et agnatus est. Alterum enim civile, alterum naturale nomen est. Paulus in fr. 10. §. 4. D. XXXVIII, 10. de gradibus.

Affines sunt viri et uxoris cognati, dicti ab eo, quod duae cognationes, quae diversae inter se sunt, per nuptias copulantur et altera ad alterius cognationis finem accedit; namque conjungendae affinitatis causa fit ex nuptiis. Modestinus in fr. 4. §. 3. D. eod.

§. 79.

Begriff des status familiae.

So wie der status civitatis auf der Stellung eines freien Menschen im römischen Staate und zu demselben beruht, so beruht der status familiae auf der Stellung des römischen Bürgers in und zu einer bestimmten Agnationsverbindung, familia.

Diesen status familiae hat nun freilich, in gewisser Beziehung, ein jeder römische Bürger, nämlich insofern, als er durch die volle Civität überhaupt fähig ist, einem römischen Agnatenvereine anzugehören. Allein der entschiedene Sprachgebrauch der Quellen bringt den Begriff des status familiae mit irgend einer bestimmten römischen Familie in Verbindung, und danach hat den status familiae derjenige, welcher einer solchen bestimmten Familie als Mitglied angehört. Wer also, salva libertate et civitate, nur diesen bisherigen status familiae verliert, d. h. aus seiner bisherigen Agnationsverbindung heraustritt, erleidet allerdings insofern eine capitis deminutio, die minima, als er jener bestimmten Familie anzugehören auf-

hört und darin die Agnationsrechte verliert; aber er behält trotzdem, nach wie vor, die Fähigkeit, einer römischen Familie anzugehören und wechselt gewissermaaßen nur die familia. Status mutatio. Denn, sobald er aus der einen Familie heraustritt, tritt er entweder in eine andere, schon vorhandene Familie ein, wie z. B. der in Adoption Gegebene, oder er wird wenigstens der Stifter und Begründer einer neuen, eigenen Familie, wie z. B. der Emancipirte. In diesem letzteren Falle knüpft sich sogar an die minima capitis deminutio für den minutus, in gewisser Hinsicht, eine Erweiterung seiner bisherigen Rechtsfähigkeit, indem er aus einem homo alieni juris ein homo sui juris wird.[1])

In derjenigen Familie, welcher man als Agnat angehört, macht natürlich einen großen Unterschied die sonstige Stellung, die man als einzelnes Familienglied darin einnimmt, ob als Familienhaupt, paterfamilias, oder als Familienuntergebener, filiusfamilias. Denn davon hängt ab, ob das Familienglied sui, oder alieni juris ist. Allein hier ist zunächst nur, ohne Rücksicht auf diese besondere Stellung, von der allgemeinen Mitgliedschaft der Familie und ihren Folgen die Rede. Diese letzteren waren in der älteren Zeit höchst bedeutend. Denn ursprünglich wurde überall, wo es den Ansprüchen auf besondere juristische Vortheile aus einer Familienverbindung galt, z. B. Erbansprüchen, lediglich die Agnation berücksichtigt, auch war dieselbe streng juris civilis. Die Cognation dagegen war juris gentium und hatte nur wenig juristische Bedeutung. Gerade deßhalb mußte der status familiae einen so hohen Werth haben, und tief in manche privatrechtliche Verhältnisse eingreifen. Im Laufe der Zeit äußerte sich auch darin die Hinneigung des römischen Rechtes zum jus gentium, daß, anfangs freilich nur vom prätorischen, bald aber auch selbst von dem neueren Civilrechte die Cognation, als solche, mehr berücksichtigt, theilweise sogar der Agnation gleichgestellt wurde. Doch hat der status familiae auch im neuesten römischen Rechte noch nicht alle Bedeutung verloren.

Die rechtlichen Wirkungen der Verwandtschaft, sowohl der Agnation, als der Cognation, bestimmen sich genauer theils

[1]) S. oben §. 67.

nach der Art,[1]) theils nach dem Grade[2]) der Verwandtschaft.[3])

[1]) Nach der Art der Verwandtschaft unterscheidet man Verwandte in der geraden Linie und Verwandte in der Seitenlinie. a) Die Verwandtschaft zweier Personen in der geraden Linie, linea recta, wird dadurch begründet, daß eine dieser Personen von der anderen abstammt, sei es nun unmittelbar, oder durch Mittelglieder. Sie stehen dann zu einander im Verhältnisse von Descendenten und Ascendenten. aa) Descendenten (linea inferior, absteigende Linie) heißen diejenigen, welche von einem Anderen abstammen, in ihrem Verhältnisse zu diesem Anderen; also: Kinder, filius und filia, Enkel, nepos und neptis, Urenkel, abnepos, abneptis, ferner noch weiter hinunter, adnepos, adneptis, endlich trinepos, trineptis. Die noch entfernteren Descendenten fallen unter den allgemeinen Namen: posteriores. bb) Ascendenten, (linea superior, aufsteigende Linie) nennt man diejenigen, von welchen ein Anderer abstammt, in ihrem Verhältnisse zu diesem Anderen; also: Eltern, pater, mater, Großeltern, avus, avia, Urgroßeltern, proavus, proavia, Ururgroßeltern, abavus, abavia, ferner noch weiter hinauf: atavus, atavia, tritavus, tritavia. Die noch entfernteren Ascendenten fallen unter den allgemeinen Namen: majores. b) Seitenverwandte heißen diejenigen Verwandten, welche nicht Einer von dem Anderen, sondern von einem gemeinschaftlichen Dritten, s. g. stipes communis abstammen. Die Gesammtheit derselben bildet die Seitenlinie, linea transversa, s. obliqua, und man bezeichnet dergleichen Verwandte als Collaterales, als ex transverso, s. a latere oder als ex transversa, s. obliqua linea conjuncti, s. venientes. Dahin gehören, als die nächsten, die Geschwister, frater et soror. Unter den Geschwistern unterscheidet man die vollbürtigen, die von demselben Vater und zugleich von derselben Mutter abstammen, fratres et sorores ex utroque parente, oder per utrumque parentem conjuncti, heut zu Tage auch wohl germani genannt, von den halbbürtigen, welche nur einen der Eltern, entweder nur den Vater mit einander gemein haben, ex eodem patre tantum conjuncti, heut zu Tage consanguinei genannt, oder nur dieselbe Mutter mit einander gemein haben, per matrem tantum conjuncti, uterini genannt. Außer den Geschwistern sind unter den Seitenverwandten noch zu bemerken: Oheim und Tante, von väterlicher Seite, d. h. die Geschwister des Vaters, patruus, amita, von mütterlicher Seite, d. h. Geschwister der Mutter, avunculus, matertera, im Verhältnisse zu ihren Neffen und Nichten, fratris et sororis filii, filiae; ferner Großoheim und Großtante, patruus magnus, amita magna (Geschwister des Großvaters), avunculus magnus, matertera magna (Geschwister der Großmutter), in ihrem Verhältnisse zu den Großneffen und Großnichten u. s. w. c) Sowohl in der geraden, als in der Seitenlinie läßt sich eine doppelte, oder mehrfache Verwandtschaft denken. Das ist der Fall, wenn der Grund der Verwandtschaft für dieselben Personen mehrmals eintritt. Wenn z. B. zwei Verwandte, etwa Geschwisterkinder, mit einander ein Kind zeugen, so ist letzteres mit jedem seiner beiden Eltern auch durch den anderen verwandt, ist namentlich nicht

Quum et libertas et civitas retinetur, familia tantum mutatur, minimam esse capitis deminutionem, constat. Paulus in fr. 11. D. IV. 5. de capite minutis.

Gradus cognationis alii superioris sunt, alii inferioris, alii ex transverso, sive a latere. Superioris ordinis sunt parentes; inferioris liberi; ex transverso, sive a latere fratres et sorores liberique eorum. Gaius in fr. 1. pr. D. XXXVIII, 10. de gradibus.

§. 80.

Die Gentilenverbindung.

Mit der römischen familia standen endlich auch noch in einem gewissen genauen Zusammenhange die gentes und gentiles, indem sie eine eigenthümliche künstliche Erweiterung der familia bildeten. Nur wissen wir freilich von ihrer eigentlichen Natur wenig Sicheres. Sie beruhten wohl, ihrem ursprünglichen Wesen nach, auf politisch-religiösen Zwecken, indem sie theils mit der ältesten Verfassung des Staates, namentlich mit der Eintheilung des populus in Curien, theils mit den sacris privatis zusammenhingen. Danach waren gentes

---

blos Descendent, sondern auch Seitenverwandter seines Vaters und seiner Mutter.

[2]) Unter dem Grade der Verwandtschaft, gradus cognationis, versteht man den größeren, oder geringeren Abstand der verwandten Personen von einander. Es sind gewissermaaßen die Stufen, gradus, welche man hinauf, oder hinab, oder bei Seitenverwandten, theils hinauf zum gemeinschaftlichen Stamme (stipes communis), theils von demselben wieder hinab steigen muß, um von dem einen Verwandten zu dem anderen, dessen Verwandtschaftsnähe zu berechnen ist, zu gelangen. Jede Zeugung bildet einen Grad, und so viele Zeugungen nothwendig sind, um die Verwandtschaft zweier Personen zu vermitteln, im so vielten Grade sind sie mit einander verwandt. Tot sunt gradus, quot generationes.

[3]) Man bedient sich, um auf den s. g. Stammtafeln die Reihe der Verwandten und ihr Verhältniß zu einander anschaulicher zu machen, gewisser bildlicher Zeichen. Jedes Individuum der Stammtafel wird durch einen Kreis ○, diejenige Person, welche besonders hervorgehoben werden soll, durch eine doppelte Kreislinie ◎ bezeichnet. Sollen Mannspersonen von Frauenspersonen unterschieden werden, so bezeichnet man letztere noch insbesondere durch ein Viereck □, oder Dreieck △. Das Eheverhältniß unter zwei Personen wird bezeichnet durch eine, die beiden Personen verbindende Kreislinie ○‿△, die Abstammung durch eine vom Stamme nach unten zu herabgezogene, gerade Linie ○|○. Die als verstorben zu bezeichnenden Personen werden durchstrichen ∅, oder durchkreuzt ⊕.

willkürliche Vereinigungen mehrerer, von Alters her freigeborener, patricischer Familien, welche zwar nicht nothwendig derselben Abstammung zu sein brauchten, aber doch dasselbe nomen (gentis), denselben Geschlechtsnamen, führten. Wer einer solchen Genossenschaft angehörte, hieß gentilis, und konnte, abgesehen von gewissen rein politischen Gerechtsamen, oder Verpflichtungen, mancherlei, nicht unwichtige Familienrechte in seiner Genossenschaft in Anspruch nehmen. Namentlich waren die Gentilen, in Ermangelung der Agnaten eines zur gens gehörenden Verstorbenen, oder Pflegbedürftigen, zur Intestatbeerbung desselben, so wie zur Uebernahme der Vormundschaft über ihn, berufen.

So hatte also die Gentilität eine doppelte Bedeutsamkeit, als politische Corporation und als privatrechtliche Familienerweiterung. Indessen, gerade aus dem angegebenen Zusammenhange mit der alten Staats- und Religionsverfassung erklärt sich sehr leicht, warum die Gentilenverbindungen schon früh unter der Kaiserregierung sich ganz verlieren mußten.

Gentiles sunt, qui inter se eodem nomine sunt. Non est satis. Qui ab ingenuis oriundi sunt. Ne id quidem satis est. Quorum majorum nemo servitutem servivit. Abest etiam nunc. Qui capite non sunt deminuti. Hoc fortasse satis est. Cic. top. cap. 6.

§. 81.

Zusammenhang des ganzen Familienrechtes im römischen Systeme mit dem status familiae.

Die Römer weisen, in ihrem Rechtssysteme, den eigentlichen Familienverhältnissen, der Ehe und dem Verhältnisse der Eltern zu ihren Kindern, keinen besonderen, selbstständigen Platz an, sondern handeln dieselben in dem jus quod ad personas pertinet, nur beiläufig ab. Dieses Personenrecht lassen sie nämlich zerfallen in mehrere Haupteintheilungen der Menschen, woran sie die Darstellung der drei status knüpfen. Sie beginnen mit der Eintheilung der Menschen in Freie und Unfreie, welche sehr natürlich dem status libertatis entspricht. An diese Eintheilung knüpfen sie unmittelbar an die Eintheilung der Freien in Freigeborene und Freigelassene. Das giebt ihnen Veranlassung, auch zugleich mit von der Verschiedenheit der Menschen,

ihrer Civität nach, als cives romani und als peregrini, zu handeln, und so knüpfen sie an den status libertatis den status civitatis. Endlich schließen sie das Personenrecht mit einer dritten Eintheilung der Menschen, der in homines sui vel alieni juris. Unter den letzteren heben sie ganz besonders hervor die filiifamilias und kommen dabei auf die Lehre vom status familiae, welcher ja, nach dem Obigen, zunächst auf der Agnation und diese wieder auf der väterlichen Gewalt beruht. An dieses ihnen hochwichtige Familienverhältniß, die patria potestas, knüpfen sie nun beiläufig die Lehre von der Ehe, weil die väterliche Gewalt am häufigsten und natürlichsten durch eheliche Erzeugung begründet wird. Was endlich die Vormundschaft betrifft, so bringen die Römer auch sie in die genaueste Verbindung mit dem status familiae und mit der patria potestas. Denn sie erscheint ihnen als ein Institut, das dazu bestimmt ist, für diejenigen freien Menschen zu sorgen, welche nicht unter der väterlichen Gewalt stehen und doch nicht im Stande sind, selber für sich zu sorgen. Auf diese Weise bildet die Vormundschaft einen Anhang der Lehre von der väterlichen Gewalt.[1])

Allerdings erscheint es nun, für das Verstehen der römischen Rechtsquellen und des ihnen zum Grunde liegenden wissenschaftlichen Systemes, nöthig, diesen Zusammenhang in ihrem Rechtssysteme zu kennen. Dennoch möchte es sowohl an sich natürlicher, als gerade dem Zwecke der heutigen Institutionenvorlesungen entsprechender sein, bei der Stellung der Familienverhältnisse im Systeme, einen anderen Weg einzuschlagen. Wir beschränken daher das Personenrecht blos auf die reine Lehre von dem status, weisen dagegen den eigentlichen Familienverhältnissen, der Lehre von der Ehe, von dem Verhältnisse der Eltern zu den Kindern und der väterlichen Gewalt insbesondere, und endlich von der Vormundschaft, einen besonderen Platz im Systeme, unter dem Namen des Familienrechtes, in diesem freilich modernen Sinne des Wortes, an. So werden sie nicht, auf eine, unseren heutigen Begriffen und selbst dem Geiste des römischen, beson-

[1]) Gai. I. §. 9—12. 48. 56. 142. — pr. Inst. I, 3. de jure pers. — pr. Inst. I, 8. de his, qui sui. — pr. et §. 3. Inst. I, 9. de patr. pot. — Inst. lib. I. tit. 10. de nuptiis. — pr. Inst. I, 13. de tutelis.

ders des neueren römischen Rechtes widersprechende Weise, in den Hintergrund, sondern in ein richtigeres, helleres Licht gestellt.

Warum aber dem Familienrechte das Vermögensrecht erst vorausgeschickt werden muß, davon liegt der einfache Grund in dem Umstande, weil die Familienverhältnisse auf das Vermögensrecht vielfachen Einfluß haben, welchen in seiner vollen Bedeutung aufzufassen, schon eine genauere Kenntniß des Vermögensrechtes überhaupt voraussetzt.

Drittes Buch.

Die Lehre von dem Vermögensrechte.

§. 82.

Ueberſicht.

Nach der oben[1]) aufgeſtellten, allgemeinen Claſſification ſämmtlicher Rechte, nach ihrem Gegenſtande, giebt es gewiſſe Rechte, welche auf äußere, zu unſerem Vermögen, bona nostra, gehörende Objecte gerichtet ſind. Die Rechtsgrundſätze darüber bilden, in ihrer Geſammtheit, das Vermögensrecht, oder die Lehre von den Vermögensverhältniſſen. Da nun aber die einzelnen möglichen Vermögensſtücke ſich entweder als beſtimmte Sachen, oder als beſtimmte obligationsmäßige Handlungen, Leiſtungen, darſtellen, ſo zerfällt das Vermögensrecht einfach in zwei Haupttheile, in das Sachenrecht und in das Obligationenrecht.

Erſter Abſchnitt:

Das Sachenrecht, oder die Lehre von denjenigen Vermögensrechten, welche an Sachen zuſtehen, den dinglichen Rechten.

Erſtes Capitel.

Allgemeine Grundſätze von den Sachen, deren Arten, und den möglicherweiſe daran zuſtehenden Rechten.

§. 83.

Begriff der Sachen und ihre Eintheilung in körperliche und unkörperliche.

Inst. lib. II. tit. 1. de rerum divisione et adquirendo earum dominio. tit. 2. de rebus corporalibus et incorporalibus.

Sache, res, in der hier zum Grunde liegenden Bedeutung des Wortes, alſo namentlich nicht identiſch mit dem viel all-

[1]) Vergl. §. 48.

gemeineren Begriffe Dinge, bezeichnet Alles, was körperlich im Raume existirt, ohne eine Person zu sein, also alle begrenzte Theile der unfreien Außenwelt.

Daraus folgt schon von selbst, daß nur körperliche Dinge, res corporales, quae sunt, quae tangi possunt, zu den wahren Sachen gehören. Auch ist das sicher die ursprüngliche Bedeutung des Wortes res. Doch haben die Römer, theils durch philosophische Abstractionen geleitet, theils aber auch wohl durch das Rechtsbedürfniß selbst veranlaßt, schon früh daneben den Begriff gewisser anderer Dinge, die nicht körperliche Sachen sind, mit wahren Sachen verglichen und, unter dem Namen von unkörperlichen Sachen, res incorporales, quae tangi non possunt, quae intelliguntur, quae in jure tantum consistunt, in das Rechtssystem hinübergetragen. Sie verstehen dann unter den unkörperlichen Sachen Alles, was, ohne körperliche Existenz zu haben, nur im juristischen Begriffe existirt, namentlich alle Rechte und Rechtsverhältnisse. Den eigentlichen Sachen vergleichen sie dieselben darum, weil sie, wie diese, eine gewisse, juristisch folgenreiche Existenz haben. Dagegen unterscheiden sie dieselben auch wieder genau von den wahren Sachen deßhalb, weil jene Rechtsverhältnisse, selbst wo sie sich auf körperliche Sachen beziehen, jedenfalls, ihrer Existenz, ihrem Wesen, Umfange und Inhalte nach, blos auf einer juristischen Abstraction beruhen. Nur das Eigenthumsrecht nehmen sie aus. Denn dieses sehen sie schon an sich als etwas selbstständig Körperliches an und nennen daher, statt des Rechtes daran, schlechtweg den Gegenstand desselben, die bestimmte körperliche Sache selbst. Das ist auch sehr natürlich, weil das Eigenthum wesentlich blos an körperlichen Sachen zusteht, und im Grunde wirklich mit seinem Gegenstande, der körperlichen Sache selbst, welche ganz, in jeder Richtung hin, der Herrschaft des Eigenthümers unterworfen wird, zusammenfällt.

Rerum definitionum autem duo sunt genera. Unum earum rerum, quae sunt, alterum earum rerum, quae intelliguntur. Esse ea dico, quae cerni tangive possunt, ut fundus, aedes. — Non esse rursus ea dico, quae tangi demonstrarive non possunt, cerni tamen animo atque intelligi possunt, ut si usucapionem, si tutelam, si gentem, si agnationem definias, quarum rerum nullum subest quasi corpus, est tamen quaedam conformatio

insignita et impressa intelligentiae, quam notionem voco. Cic. top. c. 5.

Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta, ut si stipulemur, aliquid fieri, vel non fieri. §. 6. Inst. III, 16. de verborum obligat.

Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales hae sunt, quae tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, argentum, et denique aliae res innumerabiles. Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in jure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae. Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur; nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia; nam ipsum jus successionis et ipsum jus utendi fruendi, et ipsum jus obligationis incorporale est. Gaius in fr. 1. §. 1. D. I, 8. de divis. rer. et qual.

§. 84.

Eintheilung der Sachen, je nachdem sie im Verkehre, oder demselben entzogen sind.

Gai. Comm. lib. II. §. 2 sqq. — Inst. lib. II. tit. 1. de rerum divis. — Dig. lib. I. tit. 8. de divisione rerum et qualitate.

Dasjenige, was die eigentlichen Sachen zunächst für das Recht, insbesondere für das Privatrecht, so wichtig macht, ist die Eigenschaft, daß sie schon im Allgemeinen von der Natur dazu bestimmt sind, den Menschen zu dienen und gerade deßhalb der ausschließlichen rechtlichen Herrschaft, dem Eigenthume der Menschen, namentlich auch der Einzelnen, Privaten, unterworfen sein, zu deren Vermögen, patrimonium, gehören können. Damit ist nicht zu verwechseln der mehr blos zufällige, factische Umstand, ob eine Sache, trotz ihrer entschiedenen Eigenthumsfähigkeit, gerade jetzt, zur Zeit, wirklich einen Eigenthümer hat, oder herrenlos, res nullius, ist.

Indessen steht jene erwähnte Eigenschaft nicht unbedingt allen Sachen und noch weniger allen in gleichem Maaße zu. Der Grund davon läßt sich sehr verschieden denken. Danach richtet sich, ob die Sachen, als res nullius in diesem Sinne, überhaupt gar keinem Menschen, oder nur keinem Einzelnen gehören, nicht res singulorum sein können, ferner ob unbedingt und für immer, oder ob nur unter den jetzt bestehenden Verhältnissen.

Es giebt vorerst Sachen, welche, ihrer physischen Beschaffenheit nach, gar keinem Menschen ausschließlich gehören können, weil sie schon von den Naturgesetzen aller physischen Herrschaft der Menschen gänzlich enthoben sind, wie Sonne, Mond und Sterne. Weil sich dieses schon von selbst versteht, werden sie in dieser Beziehung von den Römern gar nicht besonders hervorgehoben. Daran schließen sich diejenigen Sachen, welche die Römer als res omnium hominum communes bezeichnen, als Sachen, die, wenigstens nach der ihnen von der vernünftigen Natur der Menschen beigelegten Bestimmung, für den gemeinschaftlichen Gebrauch aller Menschen vorhanden sind. So die Luft, das Meer, das Meeresufer. Doch sind diese Sachen, eben darum, weil ihre Eigenthumsunfähigkeit nicht auf Naturgesetzen, sondern zunächst nur auf ihrer natürlichen Bestimmung beruht, nach specieller Vorschrift der Gesetze, ausnahmsweise in ihren Theilen, oder Beziehungen, fähig, im Eigenthume zu sein.

Von den übrigen Sachen sind einige, welche deßhalb res divini juris heißen, wegen ihrer religiösen, von dem Staate anerkannten Beziehung, oder Bestimmung, von der Art, daß, so lange dieses religiöse Hinderniß nicht gehoben ist, kein Mensch, weder der Staat, noch Einzelne, ausschließliches Eigenthum an ihnen erwerben können. Das sind, nach den Satzungen des römisch heidnischen Religionscultus, die res sacrae, sanctae et religiosae.

Sachen, welche diese religiöse Beziehung nicht haben und deßhalb res humani juris heißen, können nun zwar unbedenklich Menschen gehören, aber nicht immer Einzelnen, also nicht immer res singulorum sein. Denn oft haben sie eine publicistische Bestimmung erhalten, wonach sie, als publicae res, blos der Gesammtheit des ganzen Staates gehören. Daher müssen sie erst diese publicistische Beziehung, oder Bestimmung wieder verloren haben, bevor sie in das Eigenthum Einzelner überzugehen fähig werden. Dasselbe gilt von den res universitatis, welche zwar nicht dem ganzen Staate, aber doch einer im Staate anerkannten universitas, Corporation, gehören, und oft von den Römern, in einem weiteren Sinne, mit zu den publicae res gezählt werden. Daß übrigens alle diese Sachen, von welchen es heißt, daß sie nicht res singulorum sein können, trotz dem von Einzelnen, mehr, oder weniger rechtlich be-

nutzt werden können und dürfen, das hebt jenen juristischen Begriff nicht auf.

Aus dem Bisherigen erklärt sich nun, warum die Römer von den Sachen sagen, sie seien entweder res, quae in nostro patrimonio sunt, oder res, quae extra nostrum patrimonium habentur. Eine Eintheilung, welche indessen etwas zweideutig ist, indem sie sich theils auf die juristische Unfähigkeit, im Eigenthume einzelner Privaten zu stehen, theils auf die zufällige, factische Eigenschaft, vorerst keinen Eigenthümer zu haben, beziehen kann. Dagegen beruht zunächst blos auf jener juristischen Unfähigkeit die fernere Eintheilung der Sachen in res extra commercium und in res in commercio, indem sie ausdrückt, daß die ersteren dem gewöhnlichen gemeinen Eigenthumsverkehre, namentlich dem Privatverkehre, mehr oder weniger, entzogen sind.

Modo videamus de rebus, quae vel in nostro patrimonio sunt, vel extra nostrum patrimonium habentur. Quaedam enim naturali jure communia sunt omnium, quaedam publica, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur, sicut ex subjectis apparebit.

Et quidem naturali jure communia sunt omnium haec: aër, aqua profluens, et mare et per hoc littus maris. — Flumina autem omnia et portus publica sunt. — Universitatis sunt, non singulorum, veluti quae in civitatibus sunt, ut theatra, stadia, et similia, et si qua alia sunt communia civitatum.

Nullius autem sunt res sacrae, et religiosae, et sanctae. Quod enim divini juris est, id nullius in bonis est.

Sacra sunt, quae rite et per pontifices Deo consecrata sunt, veluti aedes sacrae, et dona, quae rite ad ministerium Dei dedicata sunt.

Religiosum locum unusquisque sua voluntate facit, dum mortuum infert in locum suum.

Sanctae quoque res, veluti muri et portae, quodam modo divini juris sunt, et ideo nullius in bonis sunt. Ideo autem muros sanctos dicimus, quia poena capitis constituta est in eos, qui aliquid in muros deliquerint. Ideo et legum eas partes, quibus poenas constituimus adversus eos, qui contra leges fecerint, sanctiones vocamus. §. 7—10. Inst. II, 1. de rer. divis.

Quod autem divini juris est, id nullius in bonis est; id vero quod humani juris est, plerumque alicujus in bonis est; potest autem et nullius in bonis esse. Gai. II. §. 9.

§. 85.

Andere Eintheilungen der Sachen, ihrer physischen, oder juristischen Beschaffenheit nach.

Die (körperlichen) Sachen sind, ihrer natürlichen Beschaffenheit nach, entweder unbewegliche, immobiles res, solum et res soli, oder bewegliche, mobiles res. Unter den ersteren war ausgezeichnet das italicum solum, dessen Gegensatz die praedia provincialia bildeten, d. h. alle außerhalb Italien gelegene Grundstücke, wenn sie nicht etwa zum Gebiete einer Stadt gehörten, welche das jus italicum erhalten hatte. Die Provinzialgrundstücke waren des strengen, quiritarischen Eigenthumes nicht fähig.

Ebenfalls, wenigstens zum Theil, auf ihrer natürlichen Beschaffenheit beruht die für das Obligationenrecht sehr wichtige Eintheilung der Sachen in res, quae pondere, numero, vel mensura consistunt, und in solche, quae non pondere, numero vel mensura consistunt. Zu den Sachen der ersteren Art gehört auch Geld, pecunia, im engeren Sinne des Wortes, d. h. gemünzte Metallstücke, welche die Bestimmung haben, im Staate zum allgemeinen Tausch- und Verkehrsmittel zu dienen, worauf sich der Werth aller übrigen Vermögenssachen zurückführen und danach berechnen läßt.

Mit der zuletzt erwähnten Eintheilung darf nicht verwechselt werden, obgleich sie zufällig oft mit ihr zusammenfällt, eine andere, auf einem völlig verschiedenen Grunde beruhende, die für gewisse Rechtsverhältnisse, namentlich für den ususfructus von großer Bedeutung ist. Danach sind die Sachen entweder res, quae usu consumuntur, vel minuuntur, quae abusu consistunt, oder res, quae usu non consumuntur, nec minuuntur.

Endlich verdient schon hier hervorgehoben zu werden die uralte, auf rein positiven, streng civilrechtlichen Grundsätzen beruhende Eintheilung der Sachen in mancipi res und in res nec mancipi. Sie hängt zusammen mit der größeren, oder geringeren Leichtigkeit, mit welcher durch den Privatverkehr die Uebertragung des Eigenthumes an einer res in commercio von dem bisherigen Eigenthümer auf einen Anderen bewerkstelligt werden konnte, indem sie bei nec mancipi res schon durch einfache Ueber-

tragung des Besitzes, traditio, geschehen konnte, während diese einfache traditio in Beziehung auf die mancipi res nicht genügte, sondern eine solenne Uebertragung in Form der mancipatio dazu erfordert wurde.[1]) Dagegen machte sich in allen sonstigen Punkten, namentlich bei allen übrigen Erwerbungsarten des Eigenthumes, der Unterschied zwischen mancipi und nec mancipi res nicht geltend. Als mancipi res werden uns nun bestimmt bezeichnet: Grundstücke in italico solo, die einem praedium rusticum zustehenden Realservituten, ferner Sklaven, endlich alle in Italien einheimische, zahme, also nicht zu den bestiae gehörende vierfüßige Zug- und Lastthiere. Alle übrigen Sachen waren nec mancipi res. Ueber den ursprünglichen, gemeinschaftlichen Grund, worauf diese Unterscheidung gebaut war, wird gestritten.

Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere, numero, mensura consistunt, quoniam earum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quam specie. Paulus in fr. 2. §. 1. D. XII, 1. de reb. credit.

Mutui autem datio in iis rebus consistit, quae pondere, numero, mensura constant, veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, aere, argento, auro, quas res aut numerando, aut metiendo, aut adpendendo in hoc damus, ut accipientium fiant. Et quoniam nobis non eaedem res, sed aliae ejusdem naturae et qualitatis redduntur, inde etiam mutuum appellatum est cet. pr. Inst. III, 14. quib. mod. re contrah. oblig.

Omnes res aut mancipi sunt, aut nec mancipi. Mancipi res sunt praedia in italico solo, tam rustica, qualis est fundus, quam urbana, qualis domus. Item jura praediorum rusticorum, veluti via, iter, actus et aquaeductus. Item servi et quadrupedes, quae dorso collove domantur, veluti boves, muli, equi, asini. Ceterae res nec mancipi sunt. Elephanti et cameli, quamvis collo dorsove domentur, nec mancipi sunt, quoniam bestiarum numero sunt. Ulpian. fragm. XIX. §. 1.

§. 86.

Begriff und Arten der jura in re, der dinglichen Rechte.

Rechte, welche, ihrem Gegenstande nach, zunächst an bestimmten Sachen zustehen, heißen, nach dem Obigen,[2]) jura in re, Rechte an Sachen, dingliche Rechte. Ihr Begriff bringt

[1]) S. weiter unten die Geschichte des Eigenthumes, besonders §. 89.

[2]) Vergl. §. 48.

es schon mit sich, daß durch sie immer eine bestimmte Sache, als der eigentliche Gegenstand, in irgend einer Beziehung, nur freilich bald mehr, bald weniger, der unmittelbaren Herrschaft und Willkür des Berechtigten unterworfen wird.

Auf diesem möglichen, verschiedenen Umfange der Herrschaft beruht die Eintheilung in das jus in re propria, das dingliche Recht an der eigenen Sache, das Eigenthumsrecht, und in die jura in re aliena, auch oft jura in re vorzugsweise und schlechtweg genannt, dingliche Rechte an fremden Sachen. Durch ersteres, welches die ursprüngliche, einfachste und natürlichste Art der dinglichen Rechte, so wie die Basis des ganzen Vermögensrechtes bildet, wird eine Sache ganz unbedingt in jeder Richtung unserer Rechtsherrschaft unterworfen, und gerade darum heißt dann diese Sache unsere eigene. Durch die letzteren, welche gewissermaaßen nur Ausflüsse und abgelöste, auf uns übertragene Theile des Eigenthumsrechtes sind, wird eine, dem Eigenthume nach, uns fremde Sache zwar ebenfalls unserer Herrschaft unterworfen, aber natürlich immer nur partiell, blos in einer beschränkteren Beziehung und nur in gewissen Richtungen, eben weil daneben noch das Eigenthum eines Anderen an derselben Sache fortbestehen und von uns anerkannt werden soll. So verschieden nun die einzelnen Richtungen und Grenzen sein können, in welchen eine fremde Sache unserer Rechtsgewalt partiell unterwerfbar ist, eben so verschieden lassen sich auch die jura in re aliena denken.

Sollen die Rechte an Sachen ihrem Inhaber mit voller Sicherheit zustehen, so müssen sie absoluter, allgemein verpflichtender Natur sein. Daher finden wir auch, daß dieselben, wenigstens in ihrer vollkommen ausgebildeten Gestalt, alle durch Vindicationen, dingliche Klagen, geschützt sind. Allein nothwendig im Wesen dieser Rechte liegt das nicht. Vielmehr liefert die Geschichte des älteren, noch in der Ausbildung begriffenen römischen Rechtes auch Beispiele von dem Gegentheile.

Zweites Capitel.

Die Lehre von dem Eigenthume.

I

Allgemeine Einleitung.

§. 87.

Begriff und natürlicher, regelmäßiger Umfang des Eigenthumes.

Eigenthum ist die totale rechtliche Unterwerfung einer körperlichen Sache unter die Herrschaft des Berechtigten. Die Sache wird dadurch die eigene des letzteren, welcher eben davon Eigenthümer heißt. Dem Inhalte und Umfange nach, wird dadurch die Sache so vollständig der Rechtsherrschaft des Eigenthümers unterworfen, daß sie, in der Regel und im Zweifel, ganz von der Willkür desselben abhängt und demgemäß denselben ausschließlich zu jeder Verfügung über sie berechtigt. Daher wird auch das Eigenthum vorzugsweise als das Herrschaftsverhältniß über eine Sache, als das dominium, und der Eigenthümer als der Herr der Sache, der dominus, bezeichnet.

Mit dieser Begriffsbestimmung steht nicht im Widerspruche der Umstand, daß allerdings das Eigenthum, im Gefolge besonderer Verhältnisse und aus besonderen Gründen, in mehrfacher Beziehung beschränkt sein kann, indem eine, oder mehrere Befugnisse über die Sache dem Eigenthümer entzogen, von seinem Eigenthume abgelöst, oft sogar auf Andere übertragen werden können. Denn immer erscheint diese Unvollständigkeit der Eigenthumsbefugnisse nur als Ausnahme von der Regel. Sie ist zwar möglich, hat aber, eben darum, weil sie nur eine Abweichung von der Regel bildet, die Vermuthung gegen sich, so wie umgekehrt die Unbeschränktheit des Eigenthumes, als die Regel, die Präsumtion für sich hat. Ein Satz, dessen wichtige Folgen nach mehreren Richtungen hin sich weiter unten zeigen werden. Der Grund einer solchen exceptionellen Beschränkung des Eigenthumes kann übrigens sehr verschieden sein. Er liegt zum Theil schon in gewissen allgemeinen gesetzlichen Vorschriften, welche ein für alle Mal, aus höheren Rücksichten des Gemeinwohles, namentlich bei dem Grundeigenthume, zur Erhaltung

eines guten, nachbarlichen Verhältnisses, oder zur Begünstigung des Landbaues, oder aus baupolizeilichen Rücksichten, gewissen Ausübungen des Eigenthumes eine Schranke setzen. Schon die Zwölftafelgesetze kennen und erwähnen dergleichen gesetzliche Beschränkungen des Grundeigenthumes. Der Grund davon liegt aber noch weit häufiger in besonderen, individuellen Verhältnissen, indem dem Eigenthümer selber, im Gefolge seines Dispositions-, namentlich Veräußerungsrechtes über seine Sache, frei steht, einzelne Bestandtheile seines Eigenthumes davon abzulösen und auf Andere zu übertragen, ohne dadurch sein Eigenthum ganz aufzugeben.

Aus dem angegebenen Begriffe des Eigenthumes, als einer totalen rechtlichen Herrschaft über die Sache, geht schon hervor, daß im Grunde eine speciellere Aufzählung der in demselben liegenden Befugnisse über die Sache unnöthig erscheint. Denn es liegen ja eben, wo nicht besondere Ausnahmen nachgewiesen werden können, alle möglichen Befugnisse darin, und zwar noch dazu immer mit dem Charakter der Ausschließlichkeit. Trotz dem dient es nicht blos zu einer erleichterten Uebersicht, sondern hat auch noch andere Gründe für sich, wenn man sämmtliche Eigenthumsbefugnisse gewöhnlich auf drei Hauptclassen, die freilich in mancher Beziehung in einander zusammenfließen, zurückzuführen versucht.

1) Die Befugniß zu jeder möglichen Art der Benutzung der Sache, jus utendi et fruendi.

2) Das freie Verfügungsrecht, s. g. jus disponendi, d. h. die Befugniß des Eigenthümers, nicht blos physisch nach Belieben auf die Sache einzuwirken und ihre äußere Gestalt zu verändern, sondern auch juristisch darüber zu verfügen, indem er das bisherige Rechtsverhältniß daran ändern, namentlich sein Eigenthum an der Sache ganz, oder zum Theil aufgeben, die Sache alieniren kann.

3) Das Recht auf den Besitz, auf das körperliche ungestörte Innehaben der Sache, als nothwendiges physisches Mittel, um das Eigenthum daran vollständig ausüben zu können.

§. 88.

Der Besitz insbesondere.

Dig. lib. XLI. tit. 2. de adquirenda vel amittenda possessione. — Cod. lib. VII. tit. 32. de adquirenda et retinenda possessione.

Eine Sache *besitzen*, *possidere*, *tenere*, heißt im Allgemeinen, eine körperliche Sache so inne haben, daß sie, als Folge davon, unserer physischen Herrschaft ganz unterworfen ist.

Dieser natürliche, an sich blos factische Zustand körperlichen Innehabens und ausschließlichen physischen Beherrschens der Sache kann begreiflich nur durch irgend ein äußeres Ereigniß, *factum*, oder *corpus* genannt, herbeigeführt werden, welches dazu geeignet ist, ein solches physisches Herrschaftsverhältniß über die Sache für eine bestimmte Person zu begründen. *Possessio facto, s. corpore adquiritur.* Sehr oft besteht freilich dieses Factum in unmittelbarer körperlicher Berührung der Sache, doch ist das nicht gerade nothwendig und nicht das einzige Mittel dazu.

Aus demselben Grunde besteht ein bisher vorhandener Besitzzustand nur so lange fort, als nicht, durch irgend eine Veränderung der factischen Umstände, der bisherige Innehaber der Sache in eine Lage gekommen ist, in welcher es ihm physisch unmöglich geworden, noch fernerhin nach Belieben selbst, oder durch Andere, ausschließlich auf die Sache einzuwirken. Eine solche Veränderung wird in den Rechtsquellen als *factum contrarium, s. in contrarium actum* bezeichnet. *Possessio facto, s. corpore contrario amittitur.*

Da der Besitz ein nothwendiges, äußeres Mittel zur Ausübung des Eigenthumes ist, so fällt er schon dadurch, obgleich an sich, seinem ursprünglichen Wesen nach, ein bloßes Factum, doch mit in die Rechtssphäre und erhält insofern eine juristische Bedeutung. Auch bringt es schon der oben aufgestellte Begriff des Eigenthumes mit sich, daß der Eigenthümer, als solcher, in der Regel, wo ihm nicht ausnahmsweise besondere Gründe entgegenstehen, den ungestörten Besitz seiner Sache verlangen und durch mancherlei Rechtsmittel gegen jede Störung vertheidigen kann. Es verhält sich, in dieser Beziehung, der *Besitz* zum *Eigenthume*, wie das materielle Element zu dem rechtlichen Elemente, wie die Ausübung des Rechtes und deren physische Möglichkeit zu dem Rechte selbst.

So wie nun aber der Eigenthümer nicht immer nothwendig selbst seine Sache besitzt, ja nicht einmal immer rechtlich befugt ist, den Besitz seiner Sache zu verlangen, eben so kann umgekehrt ein Nichteigenthümer eine Sache, also eine fremde Sache besitzen. Dieses Letztere kann bald befugter, bald unbefugter Weise geschehen, und der Zweck des Besitzers dabei kann sehr verschieden sein. Namentlich verbindet der Besitzer oft mit der physischen Herrschaft über die Sache die Absicht, sich auch zugleich das Eigenthumsrecht an derselben zuzuschreiben, also förmlich Eigenthum daran auszuüben, animus domini. Dann nimmt sein Besitz, zunächst durch diese seine Absicht, einen gewissen, besonderen juristischen Charakter an. Denn das römische Recht knüpft schon an eine jede solche factische Ausübung des Eigenthumes, auch ganz abgesehen von der Frage, ob der Besitzer wirklich Eigenthumsrecht habe, oder nicht, gewisse rechtliche Folgen und für den Besitzer günstige Wirkungen. Daher nennt man heut zu Tage einen solchen Besitz den juristischen Besitz, im Gegensatze des nichtjuristischen Besitzes, d. h. der Fälle, wo Jemand zwar eine Sache körperlich inne hat, aber ohne die Absicht, sich das Eigenthumsrecht daran zuschreiben zu wollen.[1]) Die Römer selbst nennen nun freilich in einem weiteren Sinne jeden Besitz possessio, aber in einem engeren, strengeren, mehr juristischen Sinne bezeichnen sie mit dem Ausdrucke possessio und possidere nur denjenigen Besitzzustand, den wir den juristischen zu nennen pflegen. Den nichtjuristischen Besitz bezeichnen sie dann, im Gegensatze davon, durch den Ausdruck habere, tenere rem, corporaliter tenere, oder auch naturaliter possidere, naturalis possessio.

Nach allem diesem besteht dasjenige, was den factischen Besitz zu einem juristischen, zur eigentlichen possessio macht, in einer gewissen Absichtlichkeit, nämlich in der Absicht, sich Eigenthumsrecht an der Sache zuzuschreiben, in dem animus (sibi) possidendi, animus domini, auch wohl animus schlechtweg genannt. Daraus erklärt es sich, warum es im rö-

[1]) Es beruht indessen auf einer besonderen Bestimmung des römischen Rechtes, daß auch gewissen Personen, die sich nicht Eigenthum, sondern ein anderes Recht an der körperlichen Sache, z. B. ein pignus zuschreiben, ausnahmsweise ein juristischer Besitz zugestanden wird. Man spricht dann heut zu Tage von einem abgeleiteten juristischen Besitze.

mischen Rechte heißt: possessio corpore (facto) et animo adquiritur. Da ferner jene Absicht, welche bisher vorhanden war, späterhin wieder aufgegeben werden kann, so hängt damit wieder genau zusammen der weitere Satz: possessio corpore et animo contrario amittitur. Da endlich nur aus dem gleichzeitigen Dasein, der Vereinigung jener beiden Elemente, des factum und animus, der Begriff des juristischen Besitzes hervorgeht, so folgt daraus, daß er auch nur so lange fortbesteht, als jene beiden Elemente noch neben einander vorhanden sind, daß er also auch umgekehrt sofort aufhört, sobald auch nur eines derselben wegfällt.

Dasjenige, was den juristischen Besitz, als solchen, charakterisirt, sind nun gewisse von den Gesetzen, theils von dem prätorischen Edicte, theils sogar schon von den strengen Civilgesetzen daran geknüpfte, für den Besitzer günstige, rechtliche Wirkungen, die jura possessionis. Wer nämlich eine Sache wie ein Eigenthümer besitzt, der hat, er mag nun wirklich Eigenthum daran haben, oder nicht, er mag ferner, in dem letzteren Falle, wenigstens redlich glauben, Eigenthümer zu sein, oder er mag geradezu wissentlich widerrechtlich sich das Eigenthum daran anmaaßen, eben darum, weil er besitzt, vorläufig Anspruch auf rechtlichen Schutz, gegen jede willkürliche, factische Störung dieses seines Besitzstandes. Diesen Schutz gewährt ihm nämlich das prätorische Edict mittelst der possessorischen Interdicte. Sie heißen deßhalb possessorische Interdicte, interdicta, quae possessionis causam habent, weil bei ihnen der Besitz den Grund, Zweck und Gegenstand bildet. Es bestehen übrigens die possessorischen Interdicte aus gewissen persönlichen Klagen, wodurch der Besitzer, in der eigenthümlichen Form des Interdictsprocesses, eine jede solche, von den Gesetzen nicht gebilligte Störung seines Besitzzustandes abzuwenden befugt ist.[1]) Hat nämlich der bisherige Besitzer, in Folge der factischen Störung, schon den physischen Besitzstand verloren, so kann er, mittelst der recuperandae possessionis interdicta, sofortige Wiederherstellung seines Besitzstandes verlangen, namentlich mit dem interdictum unde vi, wenn er, durch gegen seine Person verübte Gewalt, aus dem Besitze eines Grund-

[1]) Vergl. oben §. 55. a. E.

stückes entsetzt worden ist. Ist er dagegen durch die bisherigen factischen Störungsversuche noch nicht des Besitzes entsetzt worden, so kann er, durch Anstellung der retinendae possessionis interdicta, Erhaltung und richterlichen Schutz seines bisherigen Besitzstandes verlangen. Zu diesem Zwecke ist dem Besitzer eines Grundstückes das interdictum uti possidetis, dem Besitzer einer beweglichen Sache das interdictum utrubri gegeben. Lauter Interdicte, welche von den Anfangsworten desjenigen Edictssatzes, wodurch sie vom Prätor eingeführt worden sind, ihren besonderen Namen erhalten haben.

Hiernach gewährt allerdings schon jeder juristische Besitz Anspruch auf den Schutz der possessorischen Interdicte, und dieser bildet also den gemeinsamen Charakter des juristischen Besitzes, der davon auch heut zu Tage nicht unpassend der Interdictenbesitz genannt zu werden pflegt. Allein es kann derselbe, unter dem Hinzutreten von gewissen Umständen, noch eine andere, durchgreifendere juristische Wirkung und Folge haben. Wer nämlich den juristischen Besitz einer Sache, ohne Eigenthümer derselben geworden zu sein, unter gewissen besonderen Verhältnissen erworben hat, der kann sogar dieses sein bisheriges bloßes Besitzverhältniß dadurch in ein wirkliches Eigenthum verwandeln, daß er ruhig und ungestört eine gewisse Zeit lang die Sache fortbesitzt. Er erwirbt dann das Eigenthum an der Sache durch den langen Besitz, usus, rem usu capit, usucapio. Das setzt aber freilich voraus, daß er auf eine im Allgemeinen rechtliche Weise, justo titulo, und zugleich in dem redlichen Glauben, sich Eigenthumsrecht daran zuschreiben zu dürfen, bona fide, den Besitz der Sache erworben hat. Ein solcher gesteigerter juristischer Besitz, welcher in der angegebenen Art selbst die Usucapion möglich macht, heißt in den Rechtsquellen vorzugsweise civilis possessio, theils weil es schon das Civilrecht selbst ist, welches diese Ersitzung als Folge an den Besitz knüpft, theils weil die Usucapion ein streng civilrechtliches Institut ist.

Alles dieses gilt natürlich zunächst nur von körperlichen Sachen. Denn eine unkörperliche kann man, ihrer Natur nach, gar nicht körperlich inne haben, also auch nicht besitzen. Doch hat das praktische Bedürfniß die Römer auf die Idee geführt, die oben erwähnten Wirkungen des juristischen Besitzes, namentlich den Interdictenschutz, ja sogar die Möglichkeit einer der Usu-

capion ähnlichen Erwerbung, analog auch auf gewisse unkörperliche Sachen, auf gewisse Rechte, nämlich auf die Servituten anzuwenden. Dabei vertritt dann die factische Ausübung jenes Rechtes als solchen die Stelle des corpus s. factum, des körperlichen Innehabens, während die Absicht, sich das ausgeübte Recht wirklich zuzuschreiben, die Stelle des animus sibi possidendi vertritt. Das ist es, was man quasi-possessio, oder juris possessio nennt, im Gegensatze der vera, oder corporis possessio.

Possideri autem possunt, quae sunt corporalia. Et adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo, aut per se corpore. Paulus in fr. 3. pr. et §. 1. D. XLI, 2. de adquirenda vel amittenda possessione.

Quemadmodum nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est. Paulus in fr. 8. D. eod.

Sequens divisio interdictorum haec est, quod quaedam adipiscendae possessionis causa comparata sunt, quaedam retinendae, quaedam recuperandae. —

Retinendae possessionis causa comparata sunt interdicta uti possidetis et utrubi, cum ab utraque parte de proprietate alicujus rei controversia fit, et ante quaeritur, uter ex litigatoribus possidere, uter petere debeat. — Sed interdicto quidem uti possidetis de fundi vel aedium possessione contenditur, utrubi vero interdicto de rerum mobilium possessione.

Recuperandae possessionis causa solet interdici, si quis ex possessione fundi, vel aedium vi dejectus fuerit. Nam ei proponitur interdictum unde vi, per quod is, qui dejecit, cogitur ei restituere possessionem cet. §. 2. 4. et 6. Inst. IV, 15 de interdictis..

Usucapio est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti. Modestinus in fr. 3. D. XLI, 3. de usurp. et usuc.

Fieri potest, ut alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor non sit; fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit. Ulpianus in fr. 1. §. 2. D. XLIII, 17. uti possidetis.

II.

Geschichte des Eigenthumes.

§. 89.

Das ältere römische Recht.

Der Begriff des Eigenthumes, alicujus, meum, nostrum esse, ist so natürlich, daß er als eben so alt, wie das römische

Recht überhaupt, angenommen werden kann. Auch kannten die Römer ursprünglich nur eine einzige Art des Eigenthumes, welches ausgedrückt wurde durch die Formel: res mea est ex jure Quiritium. Wohl erst etwas später kam dafür auf das Wort dominium, und noch später, seitdem sich eine andere Eigenthumsart daneben gebildet, mit dem Zusatze: justum, legitimum dominium, dominium ex jure Quiritium.

Es hatte nun dieses quiritarische Eigenthum, nach allen Seiten hin, eine sehr strenge Natur. Denn, in Hinsicht des Subjects, waren nur cives romani und solche, welche das Commercium hatten, desselben fähig. Auch fand es ursprünglich, als wahres Privateigenthum, für Einzelne, singuli, privi, nur an beweglichen Sachen statt. Denn, die Grundstücke bildeten, als von dem ganzen Staate für sich selbst erworbenes Territorium, unter dem Namen ager publicus, lediglich Staatseigenthum, und die einzelnen Bürger, an welche Theile davon, mittelst einer Verleihung von Seiten des Staates, gekommen, hatten nur eine possessio, einen mit Nutzungsbefugniß verbundenen Besitz daran. Jedenfalls fiel aber, schon ziemlich früh, ohne daß wir das Genauere davon wissen, jene Beschränkung hinweg, und es gab seitdem auch wahres Privateigenthum an Grundstücken, indem nur noch ein Theil der letzteren den Charakter von ager publicus behielt. Dafür kam aber, seit der Erweiterung des Staates, eine andere wichtige Beschränkung auf, nämlich die, daß nur an Grundstücken in italico solo quiritarisches Eigenthum möglich war, nicht auch an Provinzialgrundstücken. An den letzteren war wieder nur eine Art von possessio möglich. Erworben wurde das quiritarische Eigenthum nur durch adquisitiones civiles, d. h. nur durch Formen und Ereignisse, welche das jus civile entweder ausdrücklich zu diesem Zwecke geschaffen, oder wenigstens, trotz ihres Ursprunges aus dem jus gentium, in dieser Beziehung bestätigt hatte. Endlich äußerte sich auch noch die strenge civilrechtliche Natur dieses Eigenthumes theils in der nach allen Seiten hin unbeschränkten Herrschaft des dominus über seine Sache, theils, und ganz besonders, in der strengen civilrechtlichen Klage zum Schutze derselben, in der rei vindicatio. Mit dieser durfte der Eigenthümer die unentgeltliche Herausgabe seiner Sache, wenn er ihren Besitz verloren hatte, unbedingt von je-

dem dritten Besitzer, wo er sie fand, verlangen, sie ihm wegnehmen.[1])

Die oben erwähnten adquisitiones civiles waren entweder rerum singularum, oder per universitatem adquisitiones. Letztere werden passender weiter unten ihren Platz finden. Als die wichtigsten singularum rerum adquisitiones sind folgende hervorzuheben.

1) Die addictio im weiteren Sinne des Wortes, die Ueberweisung einer Sache durch den Willen und im Namen des Volkes, mittelst eines vom competenten magistratus ausgehenden Zusprechungsactes. Ursprünglich kann das wohl nur vor bei Sachen, die bisher noch im Eigenthume des ganzen Staates gewe-

---

[1]) An dieser rei vindicatio läßt sich recht auffallend der Uebergang der verschiedenen Grundformen des römischen Processes nachweisen.

Zur Zeit der Legis-Actionen war es die legis actio sacramento, welche dabei zur Grundlage diente. Eingeleitet wurde sie in jure durch den symbolischen Act des manum conserere, auch vindicatio im engeren Sinne genannt. Der Kläger legte nämlich Hand an die Sache, welche er vindicirte, mit feierlichen Worten, wodurch er erklärte, daß sie ihm ex jure Quiritium gehöre. Dasselbe that der Beklagte, contravindicatio. Der magistratus befahl hierauf beiden Parteien, von der Sache abzulassen, und leitete nunmehr den Rechtsstreit förmlich hinüber in das sacramento contendere. Dabei hatte der magistratus auch noch über den Besitz der Sache während der Dauer des Processes zu entscheiden, secundum alterum eorum vindicias dicere, und diejenige Partei, welcher er diesen vorläufigen Besitz zusprach, mußte durch Bürgen der Gegenpartei Caution leisten, daß sie, im Unterliegensfalle, den Gegenstand des Streites, die körperliche Sache selbst, lis, so wie die Nutzungen der Zwischenzeit, vindiciae, restituiren wolle; praedes litis et vindiciarum.

Im späteren Formularprocesse wurde der Eigenthumsstreit eingeleitet entweder durch die formula petitoria, oder per sponsionem. Erstere hatte die intentio, rem actoris esse ex jure Quiritium, und war eine arbitraria actio, indem der judex vom magistratus in der formula angewiesen wurde, den Beklagten, falls er ihn schuldig fand, bevor er ihn förmlich verurtheilte, durch ein arbitrium anzuhalten, die Sache selbst zu restituiren. S. oben §. 56. Geschah dagegen die Einleitung per sponsionem, so provocirte der Kläger den Beklagten durch die Stipulation: si res, qua de agitur, ex jure Quiritium mea est, sestertios tot nummos dare spondes? Der Proceß nahm dadurch die Form eines Obligationsprocesses, aus der Sponsionsforderung, an. S. §. 53. Bei der Einleitung durch die formula petitoria hatte der Beklagte die cautio judicatum solvi zu leisten, bei dem Sponsionenprocesse die cautio pro praede litis et vindiciarum.

sen waren und durch eine solche Ueberweisung erst in das Eigenthum Einzelner übergehen sollten. Bald aber wurde diese Form der Publicität auch auf Sachen, die schon bisher im Eigenthume Einzelner gewesen waren und jetzt nur weiter auf andere Einzelne übertragen werden sollten, angewendet. Dahin gehörten, als besondere Unterarten:

a) Die emtio sub corona, in Gemäßheit eines Zuschlages von Seiten des als Militärchef fungirenden magistratus, oder des quaestor, bei der Vertheilung, oder öffentlichen Versteigerung der im Kriege erbeuteten Sachen, besonders der Kriegsgefangenen.

b) Die sectio bonorum, in Gemäßheit eines Zuschlages von Seiten des magistratus, ursprünglich blos bei anderen Beutesachen außer den Kriegsgefangenen, welche von dem Quästor in Masse, als universitas, dem Käufer überlassen wurden, nach späterer Ausdehnung auch bei gewissen anderen gerichtlichen Versteigerungen eines ganzen Vermögens. Der dabei aufgepflanzte Speer, hasta, bezeichnete die Beute, und dieses Zeichen wurde späterhin auf alle derartige Verkäufe von Staatswegen übertragen. Subhastatio.

c) Die in jure cessio, als allgemeinere, auf alle Sachen anwendbare Form der gerichtlichen Uebertragung des Eigenthumes von dem Einen auf den Anderen. Sie beruhte auf einem imaginären, symbolischen Vindicationsprocesse. Denn derjenige, welcher sie neu erwerben sollte, trat als Kläger auf und nahm die Sache vor dem magistratus juri dicundo, als sein Eigenthum, mit der rei vindicatio in Anspruch, rem vindicabat. Der ebenfalls anwesende bisherige Eigenthümer überließ, als Beklagter, ohne Contravindication, jenem die Sache gutwillig, rem in jure cedebat. Der magistratus sprach hierauf gerichtlich die Sache dem Vindicanten zu, rem addicebat. Was dieser in jure cessio noch eine besondere praktische Bedeutung und einen allgemeineren Character gab, ist der Umstand, daß in derselben Form nicht blos körperliche Sachen, sondern auch unkörperliche, Rechte, auf Andere übertragen werden konnten.

2) Die mancipatio, auch venditio solennis per aes et libram, s. imaginaria venditio genannt. Sie war eine, ihrer äußeren Form nach, in die Gestalt des nexum eingekleidete, ihrem Zwecke nach zunächst wohl auf eine gewisse

außergerichtliche Publicität gebaute Uebertragung des Eigenthumes der Sache von Seiten des bisherigen Eigenthümers auf einen Anderen. Daraus erklärt sich sehr einfach die ganze Form der Mancipation, namentlich daß, außer den eigentlichen Interessenten, noch fünf römische Bürger, ursprünglich wohl als Repräsentanten des ganzen Volkes und seiner Classen, anwesend sein mußten. Vor diesen, und mit Zuziehung des libripens, geschah, unter dem Symbole der Abwägung des von dem Erwerber zu zahlenden Kaufgeldes, des aes, der Scheinverkauf. Eigenthümlich dabei war, daß dieser Eigenthumsübertragung mancherlei Nebenbestimmungen, Bedingungen und Vorbehalte, in Form einer unmittelbar dabei mündlich getroffenen Verabredung, nuncupatio, fiducia, als lex mancipii, beigefügt werden konnten. Sie waren streng verpflichtender Natur, wie die Mancipation selbst. Grundstücke, als Gegenstände der Mancipation, brauchten zwar nicht an Ort und Stelle mancipirt zu werden. Dagegen wurde es mit beweglichen Sachen so streng genommen, daß ihrer nicht mehrere, als mit der Hand gefaßt werden konnten, auf ein Mal mancipirt werden durften.

Uebrigens konnte in die Form der Mancipation nicht blos Uebertragung des Eigenthumes, aus irgend einem vorausgegangenen Rechtsgrunde, sei es wirklicher Kauf, Schenkung u. s. w., sondern auch manches andere civilrechtliche Geschäft eingekleidet werden. Gerade das gab der Mancipation, als allgemeinem Verkehrsmittel, im römischen Rechte eine so hohe Bedeutung.

3) Die traditio. Die Mancipationsübertragung war zunächst bestimmt blos für mancipi res.[1]) Dagegen hatte bei Sachen, welche nec mancipi waren, schon die einfache, formlose Besitzübergabe, traditio der Sache von Seiten des bisherigen Eigenthümers auf einen Anderen, wenn die Tradition nur sonst wirklich zu dem Zwecke der Eigenthumsübertragung geschah, ihr also eine justa causa zum Grunde lag, dieselbe Wirkung, wie bei res mancipi die Mancipationsfeierlichkeit.

4) Die adjudicatio. Davon das Genauere weiter unten.[2])

5) Die usucapio. Sie beruhte auf dem allgemeinen Grundsatze, daß, wer auf eine gewisse rechtliche Weise in den Be-

[1]) S. oben §. 85. a. E.

[2]) S. §. 95.

ſitz, in die civilis possessio, einer Sache gekommen iſt, ohne quiritariſches Eigenthum daran zu erwerben, dieſen ſeinen Beſitz noch hinterdrein ergänzend in ſolches Eigenthum dadurch verwandeln kann, daß er die Sache, eine gewiſſe, geſetzlich beſtimmte Zeit hindurch, ununterbrochen und ungeſtört fortbeſitzt. Auch davon das Genauere weiter unten.

6) Die lex. Darunter verſteht die römiſche Rechtsſprache gewiſſe andere Fälle, in welchen, durch ein älteres, oder neueres Geſetz, an ein beſtimmtes Ereigniß die unmittelbare Erwerbung des Eigenthumes geknüpft war, ohne daß es dazu eines beſonderen Willensactes von Seiten des Erwerbers bedarf. Als Beiſpiele werden uns aufgeführt: das caducum, das ereptitium, das per vindicationem legatum; lauter Fälle, die noch an anderen Stellen des Syſtemes ihre genauere Erörterung finden werden.

Singularum rerum dominium nobis adquiritur mancipatione, traditione, usucapione, in jure cessione, adjudicatione, lege. Ulpian. fragm. XIX. §. 2.

In emtionibus dominium legitimum sex fere res perficiunt: si hereditatem justam adiit, si, ut debuit, mancipio ab eo accepit, a quo jure civili potuit, aut si in jure cessit, qui potuit, et id ubi oportuit, aut si usu cepit, aut si e praeda sub corona emit, tumve, quum in bonis sectioneve cujus publice venit. Varro de re rustic. Lib. II. c. 10. §. 4.

Et — mancipatio — imaginaria quaedam venditio, quod et ipsum jus proprium civium romanorum est. Eaque res ita agitur, adhibitis non minus quam quinque testibus, civibus romanis puberibus, et praeterea alio ejusdem conditionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens. Is, qui mancipio accipit, rem tenens ita dicit: hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo, isque mihi emtus est hoc aere aeneaque libra. Deinde aere percutit libram idque aes dat ei, a quo mancipio accipit, quasi pretii loco. Gai. I. §. 119.

Res mobiles non nisi praesentes mancipari possunt, et non plures, quam quae manu capi possunt; immobiles autem etiam plures simul, et quae diversis locis sunt, mancipari possunt. Ulpian. fragm. XIX. §. 6.

Nexum est, ut ait Gallus Aelius, quodcunque per aes et libram geritur, idque necti dicitur. Quo in genere sunt haec: testamenti factio, nexi datio, nexi liberatio, Festus v. nexum.

Traditio propria est alienatio rerum nec mancipi. Harum rerum dominia ipsa traditione adprehendimus, scilicet si ex justa causa traditae sunt nobis. Ulpian. fragm. XIX. §. 7.

In jure cessio hoc modo fit. Apud magistratum populi romani, veluti apud praetorem, vel apud praesidem provinciae, is, cui res in jure ceditur, rem tenens ita dicit: hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo. Deinde postquam hic vindicaverit, praetor interrogat eum, qui cedit, an contra vindicet. Quo negante aut tacente, tunc ei, qui vindicaverat, eam rem addicit. Gai. I. §. 24.

In jure cedi res etiam incorporales possunt, velut ususfructus, et hereditas, et tutela legitima, et libertas. Ulpian. fragm. XIX. §. 11.

Lege nobis adquiritur, velut caducum, vel ereptitium ex lege Papia Poppaea. Item legatum ex lege duodecim tabularum, sive mancipi res sint, sive nec mancipi. Ulpian. eod. §. 17.

§. 90.

Das mittlere römische Recht.

Durch Vermittelung des prätorischen Rechtes bildete sich allmählig zwischen dem dominium, dem alicujus esse ex jure Quiritium, und dem Nichteigenthume, gewissermaaßen als Mittelstufe, noch ein anderes rechtliches Verhältniß zu einer körperlichen Sache, welches, wenigstens seit seiner festeren Gestaltung, füglich als ein jenem civilrechtlichen dominium nachgebildetes, prätorisches Eigenthum betrachtet werden kann. Es beruhte dasselbe zwar auf dem jus gentium, war aber keineswegs zunächst, oder gar blos für Peregrinen, sondern hauptsächlich mit für römische Bürger bestimmt.

Die Grundidee, von welcher der Prätor dabei ausging, war diese. Wer auf rechtliche Weise, justo titulo und bona fide, in den juristischen Besitz, in die civilis possessio, einer Sache gekommen war, ohne jedoch dadurch die Sache ex jure Quiritium bereits erworben zu haben, konnte zwar jedenfalls durch Usucapion diesen seinen rechtlichen Besitz an der Sache in quiritarisches Eigenthum verwandeln. Aber ganz ohne rechtlichen Schutz war er, wenn er vor abgelaufener Usucapionszeit den Besitz der Sache verlor, weil ihm dann, zu ihrer Wiedererlangung vom dritten Besitzer, die rei vindicatio noch nicht zustand. Der Prätor nahm sich indessen seiner an und half ihm durch die Fiction, daß die von ihm erst angefangene Usucapion schon vollendet, und dadurch für ihn bereits ein Eigenthumsverhältniß begründet sei. Darauf hin gestattete er dem bisherigen Usucapionsbesitzer inzwischen, bis zur Vollendung seiner Usucapion, zwar

nicht die rei vindicatio, deren civilrechtliche Voraussetzungen nun ein Mal doch nicht sämmtlich vorhanden waren, aber doch eine andere, der rei vindicatio nachgebildete, dingliche Klage gegen den dritten Besitzer der Sache auf deren Herausgabe. Diese Klage erhielt, wenigstens späterhin, den Namen Publiciana in rem actio.

Daß nun aber Jemand so auf rechtliche Weise den Besitz einer Sache erwarb, und doch noch der Usucapion bedurfte, das konnte in folgenden zwei Fällen vorkommen.

1) Wenn Jemand eine Sache vollkommen rechtsgültig, aber nicht durch civiles, sondern nur durch naturales adquisitiones, d. h. nur in Formen des jus gentium, welche von dem Civilrechte nicht in dieser Beziehung ausdrücklich bestätigt waren, erworben hatte. Dann wurde ihm nicht blos die Usucapion gestattet, sondern er wurde auch in der That schon vollkommen so behandelt, als gehöre ihm die Sache wirklich zu Eigen. Nur freilich gehörte sie ihm nicht zu Eigen ex jure Quiritium, sondern blos ex jure gentium, und man drückte dieses letztere Eigenthumsverhältniß so aus: res in bonis ejus erat, oder: rem in bonis habebat. Auch gehörte sie nicht immer ihm, dem Erwerber, allein zu Eigen. Hatte er nämlich die Sache, durch eine abgeleitete naturalis adquisitio, z. B. eine mancipi res durch bloße traditio, von dem quiritarischen Eigenthümer erworben, so entstand dadurch ein seltsam getheiltes Eigenthumsverhältniß. Denn es behielt der Uebertragende von seinem bisherigen quiritarischen Eigenthume noch gewisse Elemente und Bestandtheile desselben, die er nicht mit übertragen hatte, so lange für sich zurück, bis der Erwerber, durch Vollendung der Usucapion, zu seinem natürlichen, s. g. bonitarischen Eigenthume auch noch das volle quiritarische hinzu erwarb. Was bis zu diesem Zeitpunkte dem Erwerber noch mangelte und dem Veräußernden formell, wenn auch meist ohne materiellen Vortheil, verblieb, pflegt man als das nudum jus Quiritium zu bezeichnen. Nichts desto weniger konnte, auch schon vor der vollendeten Usucapion, der Erwerber sein natürliches Eigenthumsrecht mit voller Wirksamkeit gegen einen Dritten, welcher ihm den Besitz der Sache vorenthielt, durch die vom Prätor gestattete Publiciana in rem actio geltend machen; selbst gegen den nominell quiritarischen Eigenthümer. Denn er war gegen des letzteren etwaige, aus dem nudum jus Quiritium

abgeleitete Ansprüche durch die exceptio, oder replica rei venditae et traditae geschützt. Es war das eine exceptio, oder replica doli, wodurch jene Ansprüche, als jedenfalls unter den vorliegenden Umständen unbillige und deßhalb wissentlich widerrechtliche, elidirt wurden.

2) So wie der Mangel einer civilis adquisitio, als formelles Hinderniß, oft der sofortigen Erwerbung des quiritarischen Eigenthumes entgegenstand, eben so konnte, ganz abgesehen davon, auch ein materieller Mangel dieselbe Folge herbeiführen. Das war nämlich besonders dann der Fall, wenn bei einer abgeleiteten Erwerbungsart derjenige, von welchem das Eigenthum auf den Erwerber übergehen sollte, selber nicht Eigenthümer und folgeweise deßhalb auch nicht fähig war, Eigenthum auf Andere zu übertragen. Befand sich indessen der Erwerber dabei nur sonst in bona fide, indem ihm jenes Hinderniß zur Zeit des erworbenen Besitzes noch unbekannt gewesen, so konnte er unbedenklich diese seine civilis, oder bonae fidei possessio hinterdrein noch, durch fortgesetzten Besitz, in quiritarisches Eigenthum verwandeln und sich vorläufig, bis zu diesem Zeitpunkte, der Publiciana in rem actio bedienen. Doch galt, vor der Vollendung der Usucapion, sein Verhältniß zu der erworbenen Sache nicht einmal jure naturali et gentium für ein wirkliches Eigenthum, für ein ejus esse, sondern nur für einen rechtlich geschützten Besitz. Daraus erklärt sich denn auch, warum die publicianische Klage, obgleich ihre Grundlage, die Fiction der vollendeten Usucapion, immer dieselbe war, doch hier einen weit beschränkteren Umfang haben mußte, als bei dem bonitarischen Eigenthume.[1]) Namentlich konnte sie auf keinen Fall gegen den wirklichen Eigenthümer der Sache mit Erfolg geltend gemacht werden.

Sequitur, ut admoneamus, apud peregrinos quidem unum esse dominium, ita ut dominus quisque sit, aut dominus non intelligatur. Quo jure etiam populus romanus olim utebatur. Aut enim ex jure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intelligebatur dominus. Sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex jure Quiritium dominus, alius in bonis haber e.

Nam si tibi rem mancipi neque mancipavero, neque in jure

[1]) S. weiter unten §. 103.

cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficietur, ex jure Quiritium autem mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias. Semel enim impleta usucapione, proinde pleno jure incipit et in bonis et ex jure Quiritium tua esse, ac si ea tibi mancipata, vel in jure cessa esset.

Ceterum etiam earum rerum usucapio nobis competit, quae non a domino nobis traditae fuerint, sive mancipi sint eae res, sive nec mancipi, si modo eas bona fide acceperimus, cum crederemus, eum, qui traderet, dominum esse. Gai. II. §. 40. 41. 43.

Datur autem haec actio (Publiciana) ei, qui ex justa causa traditam sibi rem nondum usucepit, eamque, amissa possessione, petit. Nam, quia non potest eam ex jure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse cet. Gai. IV. §. 36.

Ἔστιν — φυσικὴ δεσποτεία, καὶ ἔννομος δεσποτεία, καὶ ἡ μὲν φυσικὴ λέγεται in bonis, καὶ ὁ δεσπότης βονιτάριος, ἡ δὲ ἔννομος λέγεται jure Quiritium, τουτέστιν ἐκ τοῦ δικαίου τῶν Κουϊριτῶν. Κουϊρίται γὰρ οἱ Ῥωμαῖοι ἀπὸ Ῥωμύλου, ἐξ οὗ τὴν ἀρχαιογονίαν ἐσχήκασιν. Ὁ δὲ δεσπότης, jure quiritario. Εἰ δέ τις τὰς ἀμφοτέρας ἔσχε δεσποτείας, ἐλέγετο pleno jure dominus, τουτέστι τελείῳ δικαίῳ δεσπότης, ὡς ἔχων ἀμφοτέρας, τὴν ἔννομον, καὶ τὴν φυσικήν. Theophilus ad §. 4. Inst. I, 5. de libertinis ed. Reitz.

Est igitur — legitimum dominium et naturale dominium. Ac naturale dicitur in bonis et dominus bonitarius; legitimum vero dicitur jure Quiritium, id est Romanorum. Quirites enim dicuntur Romani a Romulo, ex quo originem habuerunt; et dominus jure quiritario. Sed si quis utrumque habebat dominium, dicebatur pleno jure dominus, utpote ambo habens, legitimum et naturale.

§. 91.

Das neueste römische Recht.

Cod. lib. VII. tit. 25. de nudo jure Quiritium tollendo.

Schon vor Justinian hatten, durch die mancherlei Zeitveränderungen, die Begriffe civiles und naturales adquisitiones sich theils verwirrt, theils wenigstens sonst ihre frühere praktische Bedeutung verloren. Daher war es sicher eine sehr zweckmäßige Maaßregel von Justinian, manche aus dem älteren Rechte trotzdem übrig gebliebene, todte Formen und Unterscheidungen, auch dem Namen nach, aufzuheben. Demnach

stellte er die Natural- und Civiladquisitionen einander völlig gleich. Dadurch verschwand nicht blos der bisherige Unterschied zwischen mancipi und nec mancipi res, sondern es fielen auch dadurch die beiden, bisher neben einander bestehenden Eigenthumsformen, das bonitarische und quiritarische Eigenthum, sammt allen daran geknüpften Folgen, mittelst einer sehr natürlichen Verschmelzung ihrer Elemente, in ein einziges Eigenthumsverhältniß zusammen. Das ist nun das dominium des neuesten römischen Civilrechtes, ohne weiteren Zusatz, und zu seinem Schutze ist jetzt die rei vindicatio bestimmt.

Die publicianische Klage blieb daher jetzt, für das neueste römische Recht, zunächst nur noch zum Schutze des rechtlichen Besitzverhältnisses, welches oben als bonae fidei possessio bezeichnet worden, übrig.

Auf diese Weise war zuletzt das römische Eigenthum, nach seiner vollendeten Entwickelungsgeschichte, wieder auf den Zustand der Einheit, von dem es ursprünglich ausgegangen, zurückgekehrt. Nur mit dem Unterschiede, daß in diesem einzigen übrig gebliebenen Eigenthumsverhältnisse alles dasjenige sich vereinigte, was früherhin die Veranlassung zur Annahme eines doppelten Eigenthumsverhältnisses gegeben hatte.

Antiquae subtilitatis ludibrium per hanc decisionem expellentes, nullam differentiam patimur inter dominos, apud quos vel nudum ex jure Quiritium nomen, vel tantum in bonis reperitur; quia nec hujusmodi volumus esse distinctionem, et nec ex jure Quiritium nomen, quod nihil ab aenigmate discrepat, nec unquam videtur, nec in rebus apparet, sed vacuum est et superfluum nomen, per quod animi juvenum, qui ad primam legum veniunt audientiam, perterriti, ex primis eorum cunabulis inutiles legis antiquae dispositiones accipiunt; sed sit plenissimus et legitimus quilibet dominus sive servi, sive aliarum rerum ad se pertinentium. Justinianus in const. un. C. VII, 25. de nudo jure Quirit. tollendo.

III.

Von dem dominium des neuesten römischen Rechtes insbesondere.

A.

Von dessen Erwerbung.

§. 92.

Vorbemerkungen.

Inst. lib. II. tit. 1. de rerum divisione et adquirendo earum dominio. — Dig. lib. XLI. tit. 1. de adquirendo rerum dominio.

Der Erwerb des Eigenthumes ist entweder ein abgeleiteter, oder ein ursprünglicher. Ein Unterschied, der zwar nicht blos bei der Erwerbung des Eigenthumes von Bedeutung ist, sondern auch bei der Erwerbung anderer Rechte. Aber freilich bei der ersteren tritt er besonders scharf und deutlich hervor.

Der abgeleitete, derivative Erwerb ist darauf berechnet, daß man dadurch unmittelbar in das bisherige Eigenthumsrecht eines Anderen, des auctor, von dem man also zunächst sein Recht ableitet, eintreten, succediren soll. Darum können auch auf diese Weise nur solche Sachen erworben werden, welche eben unmittelbar vor dem Eintritte der abgeleiteten Erwerbungsart sich im Eigenthume, und zwar gerade desjenigen Anderen, von dem man erwirbt, befanden. Es liegt darin ferner immer zugleich ein Verlieren des Eigenthumes, nämlich für jenen bisherigen Eigenthümer, welchem man succedirt. Ein ursprünglicher, originärer Erwerb ist dagegen ein solcher, welcher von dem bisher vorhandenen Eigenthume eines Anderen unabhängig ist. Daher läßt er sich auch an solchen Sachen denken, welche bisher noch nie, oder wenigstens nicht mehr unmittelbar vor der in Frage stehenden Adquisition im Eigenthume eines Anderen gewesen, während umgekehrt bisher schon im Eigenthume befindliche Sachen von der Möglichkeit eines ursprünglichen Erwerbes nicht unbedingt ausgeschlossen sind. Das beweist namentlich die Ersitzung.[1])

Die vor Justinian so wichtige Unterscheidung der civiles

[1]) S. unten §. 98. a. E.

und naturales adquisitiones hat allerdings für das neueste römische Recht alle praktische Bedeutung verloren. Dagegen ist noch jetzt wichtig geblieben die schon oben erwähnte Unterscheidung der adquisitiones rerum singularum und der per universitatem.

AA.

Die adquisitiones rerum singularum.

§. 93.

S. g. Occupation.

Sie ist die ursprünglichste und insofern die natürlichste Erwerbungsart. Danach erhält derjenige, welcher eine zur Zeit herrenlose Sache, res nullius, in Besitz nimmt, um sich selber das Eigenthum daran zuzuschreiben, auch wirklich sofort, durch diese einseitige Zueignungshandlung, das Eigenthum daran. Ob die zu occupirende Sache noch niemals einen Herrn gehabt hat, oder erst durch irgend ein Ereigniß herrenlos geworden ist, macht an und für sich keinen Unterschied. Doch hängen damit zum Theil zusammen folgende besondere Unterarten, je nach den verschiedenen Gattungen der herrenlosen Sachen.

1) Die Jagdoccupation, wonach Jeder, welcher ein, seiner Natur nach, wildes, sich in seiner natürlichen Freiheit befindendes Thier lebendig fängt, oder tödtet, um es sich zuzueignen, sofort Eigenthum daran erwirbt. Auf das Revier, das Grundstück, in welchem die Occupation bewerkstelligt worden, kommt, nach römischem Jagdrechte, an sich nichts an. Denn auch denjenigen, welcher in fremden Grundstücken jagt, macht die Occupationshandlung jedenfalls zum Eigenthümer des Wildes. Nur braucht sich freilich der Grundeigenthümer eine solche willkürliche Benutzung seiner Grundstücke, nach der unbeschränkten Natur des Eigenthumes, in der Regel nicht gefallen zu lassen, sondern ist befugt, sie zu hindern.

2) Das Finden und an sich Nehmen lebloser, herrenloser beweglicher Sachen. Einen Fall dieser Art bildet zwar das Finden und Heben von einem Schatze, thesaurus, d. h. von vor längerer Zeit verborgenen, werthvollen Sachen, deren Eigenthümer sich jetzt nicht mehr ausmitteln läßt, und die deßhalb für

herrenlos gelten können. Doch hat die Theorie von den Schätzen im römischen Rechte mehrmals gewechselt, je nachdem die Kaiser das fiscalische Interesse, oder das des Finders und Grundeigenthümers dabei mehr vorwalten ließen. Auch sind die Grundsätze von der Occupation herrenloser Sachen dabei niemals vollständig zur Anwendung gekommen. Denn zum Theil wird der Schatz nicht als eine rein herrenlose Sache, sondern zugleich als eine Accession von Grund und Boden betrachtet.

3) Die Erbeutung und Eroberung im Kriege, nach dem Grundsatze, daß der Feind rechtlos ist. Das eroberte Land fiel übrigens immer dem erobernden Staate zu und kam erst, durch Ueberlassung von Seiten des Staates, in das Eigenthum Einzelner. Dagegen die erbeuteten beweglichen Sachen fielen, wenigstens nach dem neueren römischen Rechte, regelmäßig da, wo nicht besondere Kriegsbefehle eine Ausnahme begründeten, regelmäßig unmittelbar nur dem Einzelnen, der die Beute gemacht hatte, zu. Obgleich die Römer jenes strenge Princip der Herrenlosigkeit der Sachen des Feindes auch gegen sich selbst anerkannten, und gelten ließen, so milderten sie es doch durch das dabei in Rücksicht gewisser Sachen gestattete postliminium, welches von ihnen auf ein völkerrechtliches Uebereinkommen zurückgeführt wird.

4) Wenn Jemand, durch Verarbeitung eines fremden Stoffes, daraus für sich selber eine ganz neue Species, die vorher in dieser Art gar nicht existirte, gebildet hat, so hört der verarbeitete Stoff auf, als solcher zu existiren, und die neue Species, als solche, hat vorerst noch keinen Eigenthümer, ist also res nullius. Daher fällt sie durch Occupation demjenigen zu, der sie durch die Verarbeitung für sich selbst geschaffen hat, um sie zu behalten. Nur setzt das voraus, daß die neue Species sich nicht in ihre frühere Gestalt zurückführen läßt.

Nec tamen ea tantum, quae traditione nostra fiunt, naturali nobis ratione adquiruntur, sed etiam quae occupando ideo nacti fuerimus, quia antea nullius essent. Gai. II. §. 66.

Ferae igitur bestiae, et volucres, et pisces, id est omnia animalia, quae in terra, mari, coelo nascuntur, simulatque ab aliquo capta fuerint, jure gentium statim illius esse incipiunt. Quod enim ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur. Nec interest, feras bestias et volucres utrum in suo fundo quisque capiat, an in alieno.

Item lapilli et gemmae et cetera, quae in litore inveniuntur, jure naturali statim inventoris fiunt. §. 12. 18. Inst. II, 1. de rer. divis.

Thesauros, quos quis in suo loco invenerit, divus Hadrianus, naturalem aequitatem secutus, ei concessit, qui invenerit. Idemque statuit, si quis in sacro, aut in religioso loco fortuito casu invenerit. At, si quis in alieno loco, non data ad hoc opera, sed fortuito invenerit, dimidium domino soli concessit. §. 39. Inst. II, 1. de rer. divis.

Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cujus non exstat memoria, ut jam dominum non habeat. Sic enim fit ejus, qui invenerit, quod non alterius sit. Paulus. in fr. 31. §. 1. D. XLI, 1. de adq. rer. dom.

Item ea, quae ex hostibus capimus, jure gentium statim nostra fiunt; adeo quidem, ut et liberi homines in servitutem nostram deducantur; qui tamen, si evaserint nostram potestatem, et ad suos reversi fuerint, pristinum statum recipiunt. §. 17. Inst. II, 1. de rer. divis.

Postliminium est jus amissae rei recipiendae ab extraneo et in statum pristinum restituendae, inter nos ac liberos populos regesque moribus, legibus constitutum. Nam, quod bello amisimus, aut etiam citra bellum, hoc si rursus recipiamus, dicimur postliminio recipere. Paulus in fr. 19. pr. D. XLIX, 15. de captivis et postliminio.

Cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit, Nerva et Proculus putant, hunc dominum esse, qui fecerit, quia, quod factum est, antea nullius fuerat. Gaius in fr. 7. §. 7. D. XLI, 1. de adq. rer. dom.

Cum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quaeri solet, quis eorum ex naturali ratione dominus sit, utrum is, qui fecerit, an potius ille, qui materiae dominus fuerit. Ut ecce, si quis ex alienis uvis, aut olivis, aut spicis vinum, aut oleum, aut frumentum fecerit. — Et post multam Sabinianorum et Proculianorum ambiguitatem placuit media sententia existimantium, si ea species ad priorem et rudem materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerit: si non possit reduci, eum potius intelligi dominum, qui fecerit. Ut ecce vas conflatum potest ad rudem materiam aeris, vel argenti, vel auri reduci, vinum autem, vel oleum, aut frumentum ad uvas, vel olivas, vel spicas reverti non potest. Quodsi partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quis, veluti ex suo vino et alieno melle mulsum miscuerit, aut ex suis et alienis medicamentis emplastrum, aut collyrium, aut ex sua lana et aliena vestimentum fecerit, dubitandum non est, hoc casu eum esse dominum, qui fecerit, cum non solum operam

suam dederit, sed et partem materiae praestiterit. §. 25. Inst. II, 1. de rerum divisione.

§. 94.

Tradition.

Die Tradition ist die natürlichste und wichtigste abgeleitete Eigenthumserwerbung, und auf ihr beruht zunächst der lebendige Eigenthumsverkehr. Es liegt nämlich schon in dem Wesen des Eigenthumes, daß der Eigenthümer einer Sache nicht blos befugt ist, sein Recht daran durch einseitige Dereliction der Sache aufzugeben, sondern auch beliebig sein bisheriges Eigenthum daran auf Andere, mit deren Willen, durch Ueberlassung des Besitzes der Sache an dieselben, übertragen kann. Soll indessen dieser letztere Zweck erreicht werden, so muß vor allen Dingen der Uebertragende selbst, der auctor, entweder Eigenthümer, und zwar dispositionsfähiger Eigenthümer der Sache, oder doch wenigstens sonst, aus besonderen anderen Gründen, zur Veräußerung der Sache, obgleich sie eine fremde war, befugt sein. Es muß derselbe ferner entschieden seinerseits die Absicht haben, sein Eigenthum auf den Anderen zu übertragen, so wie umgekehrt derjenige, an den übertragen werden soll, seinerseits die Absicht haben muß, so Eigenthum zu erwerben. Das ist es, was die römischen Juristen ausdrücken wollen mit der technischen Redensart, daß der Tradition eine justa causa zum Grunde liegen muß. Denn es hat das den Sinn, daß immer irgend eine äußere Thatsache vorliegen muß, aus welcher sich jene übereinstimmende Absicht der beiden Interessenten mit genügender Bestimmtheit erkennen läßt. Endlich muß, in Gemäßheit dieser justa causa, welche gerade deßhalb vorausgehen soll und davon auch causa praecedens heißt, mittelst einer Traditionshandlung der Besitz der Sache selbst auf den Erwerber übertragen, oder, wenn er ihn etwa schon vorher hatte, ihm zu dem angegebenen Zwecke gelassen werden. Besonderer Förmlichkeiten bei der Ueberlassung des Besitzes der Sache bedarf es übrigens, seit der Gleichstellung der mancipi und nec mancipi res, niemals mehr. Dagegen ist vielleicht als ein Ueberbleibsel der alten Mancipationsform, als einer venditio solennis, zu betrachten die gesetzliche Bestimmung, daß da, wo die justa causa auf einem abgeschlossenen Kaufcontracte beruht, durch die erfolgte Tradition nur dann

Eigenthum auf den Käufer übergeht, wenn er entweder das Kaufgeld bereits wirklich bezahlt hat, oder ihm daſſelbe von dem Verkäufer creditirt worden iſt.

Per traditionem quoque, jure naturali, res nobis adquiruntur. Nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi. Et ideo, cujuscunque generis sit corporalis res, tradi potest, et a domino tradita alienatur. §. 40. Inst. II, 1. de rer. divis.

Nihil autem interest, utrum ipse dominus tradat alicui rem, an, voluntate ejus, alius. §. 42. Inst. eod.

Accidit aliquando, ut, qui dominus sit, alienare non possit, et contra, qui dominus non sit, alienandae rei potestatem habeat. Nam dotale praedium maritus, invita muliere, per legem Juliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit, dotis causa ei datum. — Contra autem creditor pignus ex pactione, quamvis ejus ea res non sit, alienare potest. pr. et §. 1. Inst. II, 8. quib. alienare licet.

Traditio nihil amplius transferre debet, vel potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum, qui tradit. Si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert, si non habuit, ad eum, qui accipit, nihil transfert. Ulpian. in fr. 20. pr. D. XLI, 1. de adq. rer. dom.

Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio, aut aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur. Paulus in fr. 31. pr. D. eod.

Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. Diocletianus in c. 20. C. II, 3. de pactis.

§. 95.

Adjudication.

Durch richterliches Erkenntniß wird freilich oft in Eigenthumsproceſſen ausgeſprochen und anerkannt, daß Jemand bereits aus irgend einem Rechtsgrunde Eigenthum habe. Aber ſelbſtſtändiges neues Eigenthum, alſo wo es vorher noch nicht exiſtirte, wird durch richterliches Zuſprechen deſſelben nicht begründet. Denn, wenngleich der Inhalt eines rechtskräftigen Erkenntniſſes für wahr gilt, ſo beſchränkt ſich doch bekanntlich dieſe Wirkung auf die Parteien in dieſem Proceſſe. Gerade darum können zwar neue Obligationen unter den Parteien ſelbſt auf dieſe Weiſe entſtehen, weil dieſe ihre Wirkungen eben gerade für die beiden dabei zunächſt intereſſirten Perſonen, den Creditor und Debitor, äußern ſollen. Nicht aber Eigenthum und

andere, ihrem Umfange nach, allgemein verpflichtende Rechte, indem sich derjenige, dem sie richterlich zugesprochen sind, darauf nicht jedem anderen Dritten gegenüber, von dem er Anerkennung seiner Rechte verlangt, mit Wirksamkeit zu berufen vermag. Doch kann natürlich die durch eine res judicata begründete Forderung auf eine Sache die Grundlage einer justa causa, eines justus titulus bilden, und dann entsteht möglicherweise Eigenthum, aber nach den Grundsätzen der Tradition, oder wenigstens der Usucapion.

Nur in Einem Falle vertritt schon der einfache richterliche Spruch die Stelle der Tradition und gewährt, unter dem Namen adjudicatio, schon für sich allein neues Eigenthum. Wenn nämlich, in Folge eines Auseinandersetzungsprocesses, eines judicium divisorium, entschieden vorhandenes Miteigenthum, auf Verlangen dieser Miteigenthümer, oder auch nur eines derselben, zur gerichtlichen Theilung kommt und, gleich bei dieser Auseinandersetzung, zum Zwecke derselben, dem Einen der Mitinteressenten, gegen Entschädigung der Uebrigen, durch das richterliche, rechtskräftige Erkenntniß die bisher gemeinschaftliche Sache ganz zugesprochen wird, so entsteht aus dieser res judicata für die anderen Mitinteressenten eigentlich zunächst nur eine obligatio zur Tradition ihres Theiles der Sache an jenen Einen. Einer solchen Tradition soll es jedoch hier gar nicht bedürfen, sondern dieselbe Wirkung schon mit der res judicata eintreten, indem sich dadurch sofort das bisherige bloße Miteigenthum in alleiniges verwandelt. Insofern schließt sich diese adjudicatio sehr natürlich an die Tradition an und hat, wie diese, die Natur einer abgeleiteten Erwerbungsart.

Quod autem istis judiciis (divisoriis) alicui adjudicatum sit, id statim ejus fit, cui adjudicatum est. §. 8. Inst. IV, 17. de officio jud.

§. 96.

Erwerbung der Accessionen und einige andere ähnliche Erwerbungsarten.

Alles dasjenige, was unmittelbar durch die organischen Kräfte einer schon im Eigenthume einer Person befindlichen Sache neu hervorgebracht wird, erscheint nur als eine von der Natur selbst gegebene Erweiterung und Fortentwickelung der erzeugenden Hauptsache selbst und fällt daher, unter dem Namen Frucht,

fructus, in der Eigenschaft als bloße accessio, als Zuwachs zu dieser letzteren, schon von selbst dem bisherigen Eigenthümer derselben zu.

Doch hat das römische Recht diesem Principe des natürlichen Zuwachses, durch allerhand positive Bestimmungen, eine noch bedeutend weitere Ausdehnung gegeben. Denn es sollen auch gewisse Sachen, welche nicht gerade, als Früchte, durch die organischen Kräfte unserer Sache hervorgebracht, sondern nur sonst, sei es nun durch Zufall, oder absichtlich, durch Naturereignisse, oder durch menschliche Thätigkeit, mit unserer Sache in eine gewisse bleibende Verbindung gebracht worden sind, auf eine ähnliche Weise als bloßer Zuwachs, als accessio, zu unserer bisherigen Sache behandelt werden und darum, von dem Momente dieser Verbindung an, uns zum Eigenthume zufallen. Der gemeinschaftliche Grund ist der, weil unsere Sache dabei, in irgend einer hier maaßgebenden Beziehung, als Hauptsache die Hauptrolle spielt, und weil die anderen Sachen nur als Nebensachen und als bloße, in jener ersteren aufgehende Zugaben erscheinen. Zu der letzteren Art gehören namentlich folgende Fälle.

1) Die Erweiterung und Vergrößerung, gewissermaaßen das natürliche Wachsen unserer Grundstücke durch die alluvio, durch die vis fluminis, durch die insula in flumine publico nata, und endlich durch den s. g. alveus derelictus. Doch setzen alle diese s. g. Wasseracceſſionen voraus, daß unsere Grundstücke, als agri arcifinii, einzig allein, nach dieser Richtung hin, durch ein flumen publicum und gerade in demselben ihre Naturgrenzen haben, ohne daß ihnen, in der Eigenschaft als agri limitati, vom Staate andere künstliche, nämlich ausdrücklich zu dem Zwecke ihrer Abscheidung, geometrisch ausgemessene Grenzen angewiesen worden sind.

2) Alles, was durch Bauen, Säen und Pflanzen mit unserem Grunde und Boden in eine gewisse bleibende Verbindung gebracht worden ist, vermehrt, als Zuwachs dazu, unser bisheriges Grundeigenthum.

3) Es giebt Fälle, in welchen die bewegliche Sache des Einen zu der eines Anderen so hinzutritt, daß, im Gefolge davon, beide Sachen jetzt als integrirende Theile desselben vereinigten Ganzen, in welchem die eine Sache, als bloße accessio,

völlig untergegangen, erscheinen. Dann erwirbt derjenige, in dessen Sache, weil sie sich in irgend einer Beziehung als der Hauptbestandtheil des jetzt vereinigten Ganzen darstellt, die Sache des Anderen gewissermaaßen untergegangen ist, zu dem Eigenthume seiner bisherigen, auch noch das der hinzutretenden fremden Sache hinzu. So etwas kann nun sowohl in Rücksicht trockener, als flüssiger Stoffe vorkommen, und ob eine der beiden vereinigten Sachen, und welche dann als die vorherrschende Hauptsache, welche dagegen als bloße accessio zu betrachten, die in der anderen aufgeht, das beurtheilt sich theils aus der natürlichen Bestimmung der Sachen, je nachdem außerdem das Wesen des vereinigten Ganzen sich schon hinreichend in einer der beiden Sachen darstellt, theils aus der Art und Innigkeit der Vereinigung, je nachdem eine Scheidung der Stoffe hinterdrein noch möglich bleibt, theils endlich ist es durch positive Vorschriften geregelt. Ueber manche einzelne dieser Erwerbungsfälle waren die römischen Juristen selbst verschiedener Ansicht.

Ganz hiervon verschieden sind übrigens diejenigen Fälle, in welchen die Vereinigung der verschiedenen Eigenthümern gehörenden Sachen zu einem Ganzen, zunächst durch und unter Vereinbarung der mehreren Eigenthümer bewerkstelligt worden ist. Denn, was sich dadurch an dem bisher bestandenen Eigenthumsverhältnisse ändert, ist lediglich Folge der vertragsmäßigen Vereinbarung und der darauf sich beziehenden Tradition.

Item ea, quae ex animalibus dominio tuo subjectis nata sunt, eodem jure tibi adquiruntur.

Praeterea quod per alluvionem agro tuo flumen adjecit, jure gentium tibi adquiritur. Est autem alluvio incrementum latens. Per alluvionem autem id videtur adjici, quod ita paulatim ajicitur, ut intelligere non possis, quantum quoquo momento temporis adjiciatur. Quodsi vis fluminis partem aliquam ex tuo praedio detraxerit, et vicini praedio appulerit, palam est, eam tuam permanere. Plane si longiore tempore fundo vicini haeserit, arboresque, quas secum traxerit, in eum fundum radices egerint, ex eo tempore videntur vicini fundo adquisitae esse.

Insula, quae in mari nata est, quod raro accidit, occupantis fit; nullius enim esse creditur. At in flumine nata, quod frequenter accidit, siquidem mediam partem fluminis teneat, communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident, pro modo latitudinis cujusque fundi, quae latitudo

prope ripam sit. Quod si alteri parti proximior sit, eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam praedia possident.

Quodsi, naturali alveo in universum derelicto, alia parte fluere coeperit, prior quidem alveus eorum est, qui prope ripam ejus praedia possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque agri, quae latitudo prope ripam sit. §. 18—23. Inst. II. 1. de rer. divis.

In agris limitatis jus alluvionis locum non habere, constat. Florentinus in fr. 16. D. XLI, 1. de adq. rer. dom.

Cum in suo solo aliquis ex aliena materia aedificaverit, ipse dominus esse intelligitur aedificii, quia omne, quod inaedificatur, solo cedit.

Si Titius alienam plantam in suo solo posuerit, ipsius erit, et ex diverso, si Titius suam plantam in Mevii solo posuerit, Mevii planta erit, si modo utroque casu radices egerit.

Litterae quoque, licet aureae sint, perinde chartis membranisque cedunt, ac solo cedere solent ea, quae inaedificantur, aut inseruntur.

Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant, tabulam picturae cedere, aliis videtur pictura, qualiscunque sit, tabulae cedere. Ridiculum est enim, picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere. §. 29. 31. 33. et 34. Inst. II, 1. de rer. divis.

§. 97.

Erwerb der Früchte einer fremden Sache.

Nach dem im Anfange des vorigen § entwickelten Grundsatze, ist allerdings, in der Regel und nach der Natur des Verhältnisses, nur der Eigenthümer der fruchtbringenden Sache befugt, sich die Früchte derselben anzueignen. Er erwirbt sie dann kraft seines Eigenthumes, schon jure accessionis, also schon durch ihr Wachsen und Entstehen, ohne daß es dazu, von Seiten der Früchte, eines äußeren Factums der physischen Trennung derselben von der fruchttragenden Hauptsache, der fructuum separatio, oder gar, von Seiten des Eigenthümers der fruchtbringenden Sache, eines Actes der Besitzergreifung der getrennten Früchte, einer fructuum perceptio bedarf. Eine solche erfolgte Separation der Früchte ändert überhaupt an diesem Verhältnisse zunächst weiter nichts, als daß dadurch der Eigenthümer jene Früchte, von dem genannten Zeitpunkte an, als selbstständig für sich bestehende Sachen und nicht blos zugleich mit und in der fruchtbringenden Sache selbst, erwirbt. So die Re-

gel. Allerdings kann es nun aber ausnahmsweise vorkommen, daß Jemand, aus besonderen Gründen, berechtigt ist, sich die Früchte einer fremden Sache anzueignen.

Der einfachste Fall dieser letzteren Art ist der, wo Jemand, mit Bewilligung des Eigenthümers der Sache, ihre Früchte zieht. So der Usufructuar, der Pachter, der Emphyteuta, der antichretische Pfandgläubiger. Er erwirbt dann in der That das Eigenthum an jenen Früchten, aber niemals schon durch ihr Wachsen und Entstehen, sondern jedenfalls immer erst durch ihre Separation von der Hauptsache, wodurch sie zu selbstständigen Sachen für sich werden. Denn der Umstand, daß ein Anderer einen Anspruch darauf hat, die Früchte einer fremden Sache zu ziehen und sich anzueignen, bleibt an sich und zunächst ohne ändernden Einfluß auf das bisherige Eigenthum an der fruchttragenden Sache, und hebt deßhalb auch nicht das bisher bestandene Eigenthum an den Früchten derselben auf, so lange letztere noch, mit ihr physisch zusammenhängend, ein Ganzes bilden. Befindet sich indessen der Dritte, welcher befugt ist, die Früchte der fremden Sache für sich in Anspruch zu nehmen, wegen der Art des ihm daran zustehenden Rechtes, nach der Ansicht der römischen Gesetze, bereits im juristischen Besitze der fremden fruchttragenden Sache, so erwirbt er das Eigenthum an den Früchten schon durch ein jedes einfache Factum der Separation. Denn er hatte sie schon vorher zugleich mit der fruchttragenden Sache selbst im juristischen Besitze und brauchte denselben nicht erst noch besonders zu ergreifen. Wo ihm aber das römische Recht einen bloßen Naturalbesitz an der fremden Sache zuschreibt, da muß er erst noch durch einen besonderen Act der Besitzergreifung, also durch Perception, seinen Willen, die getrennten Früchte sich zuzueignen, zu erkennen geben. Denn erst dadurch erhält er den zu seiner Eigenthumserwerbung nöthigen juristischen Besitz an den separirten Früchten.

Wer unbefugterweise, ohne Einwilligung des Eigenthümers, und zwar als malae fidei possessor, Früchte von einer fremden Sache zieht, erwirbt natürlich dadurch gar kein Recht an denselben. Vielmehr muß er sie unbedingt hinterdrein dem Eigenthümer der Sache, auf dessen klagend erhobenen Anspruch, herausgeben, oder, wenn er sie bereits verbraucht, consumirt hat,

ihren Werth ersetzen.[1]) Hat er sie dagegen als bonae fidei possessor gezogen, so erwirbt er sie wenigstens insofern vorläufig zum Eigenthume, als er unbedingt zu ihrer Consumtion befugt, und deßhalb hinterdrein dem sich meldenden Eigenthümer der Hauptsache, für die bereits im guten Glauben verbrauchten Früchte, nicht weiter verantwortlich ist. Auch kann er natürlich die Früchte, wenn er sie nicht inzwischen verbraucht, consumirt, durch Usucapion zum vollständigen, bleibenden Eigenthume erwerben. Außerdem muß er aber dem seine Hauptsache vindicirenden Eigenthümer, mit dieser zugleich auch die noch in natura bei ihm vorhandenen Früchte restituiren.

Si quis a non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione, aliave qualibet justa causa aeque bona fide acceperit, naturali ratione placuit, fructus, quos percepit, ejus esse pro cultura et cura. Et ideo, si postea dominus supervenerit, et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumtis agere non potest. Ei vero, qui alienum fundum sciens possederit, non idem concessum est; itaque cum fundo etiam fructus, licet consumti sint, cogitur restituere.

Is vero, ad quem ususfructus fundi pertinet, non aliter fructuum dominus efficitur, quam si ipse eos perceperit. — Eadem fere et de colono dicuntur. §. 35. 36. Inst. II, 1. de rerum divisione.

§. 98.

Ersitzung.

Gai. Comm. lib. II. §. 42 sqq. — Inst. lib. II. tit. 6. de usucapionibus et longi temporis praescriptionibus. — Dig. XLI. tit. 3. de usurpationibus et usucapionibus. — Cod. lib. VII. tit. 33. de praescriptione longi temporis, decem vel viginti annorum.

Es kann schon an sich leicht vorkommen, daß Jemand, auf eine ganz rechtliche Weise und in dem redlichen Glauben des bereits erworbenen Eigenthumes, in den juristischen Besitz einer Sache gelangt, ohne dadurch auch schon wirklich das Eigenthum an der Sache zu erwerben. Vollends mußte sich das, in Rücksicht des, an mancherlei streng civilrechtliche Erwerbsformen gebundenen, quiritarischen Eigenthumes sehr oft ereignen. Um so dringender erschien das Bedürfniß eines Mittels, wodurch, wenigstens nach Ablauf einer bestimmten Zeit, innerhalb welcher

[1]) S. weiter unten §. 102.

der etwa besser Berechtigte sein Recht noch gegen den Besitzer geltend machen konnte, der rechtlich erworbene, so lange ungestört fortgesetzte Besitz in wirkliches festes Eigenthum verwandelt und so dem unsicheren Zustande ein Ende gemacht wurde.

Eine solche Ersitzung des Eigenthumes finden wir daher auch schon im ältesten römischen Rechte, unter dem Namen: usus, usus auctoritas, ususcapio, usucapio. Denn wer ein italisches Grundstück, welches er unter gewissen Voraussetzungen in den rechtlichen Besitz bekommen, zwei Jahre, eine bewegliche Sache, unter gleichen Voraussetzungen, ein Jahr lang ruhig und ungestört fortbesessen, dem gehörte, als Folge dieses fortgesetzten Besitzes derselben, die Sache nunmehr wirklich ex jure Quiritium, auch wenn seinem Eigenthumserwerbe bisher noch ein Hinderniß entgegengestanden hatte. Nur unterlag freilich dieser Eigenthumserwerb durch usus manchen Beschränkungen. Diese bestanden vorerst darin, daß die Usucapion, wegen ihrer streng civilrechtlichen Natur, für Peregrinen, welche Sachen römischer Bürger besaßen, unmöglich war, nach dem Grundsatze: adversus hostem aeterna auctoritas. Ferner darin, daß gewisse Sachen ihr ganz entzogen waren. Das galt namentlich von den Provinzialgrundstücken schon deßhalb, weil sie kein quiritarisches Eigenthum zuließen. Umgekehrt erhielt der usus insofern einen ungewöhnlich ausgedehnten Wirkungskreis, als man schon früh denselben auch auf die Erwerbung gewisser anderer Rechte, außer dem Eigenthume, anwendete. So z. B. auf die manus mariti.[1])

Jene Beschränkungen der usucapio, namentlich das Bedürfniß, den rechtlichen Besitz auch der Provinzialgrundstücke zu sichern, veranlaßte allmählig die Entstehung einer neuen, auf prätorischem Rechte beruhenden Ersitzung, welche longi temporis possessio s. praescriptio genannt wurde. Wer nämlich dergleichen Provinzialgrundstücke, welche er justo titulo und bona fide zum Besitze erworben, lange Zeit hindurch, per longum tempus, (wenigstens späterhin genauer auf 10 Jahre inter praesentes, 20 Jahre inter absentes festgesetzt,) ungestört fortbesessen, der erhielt dadurch vorerst eine wirksame Einrede, longi temporis exceptio, s. prae-

[1]) S. weiter unten §. 159.

scriptio, wider alle gegen ihn, in Beziehung darauf, klagend erhobenen fremden Eigenthumsansprüche. Im Laufe der Zeit wurde ihm sogar selber eine in rem actio, zu seinem Schutze, gestattet und diese Ersitzung auch sonst mehrfach erweitert.

Die Verschmelzung des s. g. quiritarischen Eigenthumes mit dem s. g. bonitarischen, das völlig Unpassende eines noch fortdauernden Unterschiedes zwischen italischen und Provinzialgrundstücken, nebst manchen anderen Zeitverhältnissen, benahmen der bisherigen Unterscheidung jener beiden Ersitzungsarten, der alten, civilrechtlichen usucapio und der neueren, prätorischen longi temporis praescriptio einen großen Theil ihrer früheren Bedeutung. Das gab die sehr natürliche Veranlassung dazu, daß Justinian zuletzt beide genannten Ersitzungsarten zu einem einzigen neuen, aus beiden zusammengesetzten Ersitzungsinstitute, jedoch mit manchen neuen eigenthümlichen Grundsätzen, namentlich mit zum Theil anders bestimmten Zeitfristen, verschmolz.

So entstand diejenige Eigenthumsersitzung des neuesten römischen Rechtes, welche, bald unter dem Namen der usucapio, bald unter dem der longi temporis praescriptio, in Justinian's Rechtsquellen vorkommt. Sie setzt voraus, als Gegenstand, eine körperliche Sache, welche nicht blos in commercio ist, sondern auch nicht etwa sonst, aus anderen Gründen, dieser Ersitzung durch besondere gesetzliche Vorschriften entzogen worden ist. Ein Beispiel einer solchen gesetzlichen Entziehung liefern, schon nach den XII Tafeln und, mit mancherlei Modificationen, nach der lex Atinia, die res furtivae; desgleichen, nach der lex Julia et Plautia, die res vi possessae. An dieser Sache muß nun derjenige, welcher ersitzen will, die civilis possessio erworben haben. Dazu gehört, daß er sie bona fide, d. h. nicht blos in der Absicht, um sich das Eigenthum daran zuzuschreiben, erworben habe, sondern auch in dem redlichen Glauben, daß er sich das Eigenthum daran zuschreiben dürfe, weil Niemand ein besseres Recht daran habe, als er. Er muß aber auch ferner die Sache justo titulo erworben haben, d. h. es muß sich seine bona fides auf das wirkliche Dasein eines solchen rechtlichen Ereignisses stützen, welches an sich, im Allgemeinen betrachtet, geeignet ist, dominium zu begründen, und nur im concreten Falle, wegen irgend eines, dem Erwerber bei dem Anfange seines Besitzes unbekannten, besonderen

factischen Hinderniſſes, das Eigenthum nicht übertragen konnte. Denn die eigentliche Bedeutung der Usucapion ist nicht die, dem Usucapienten einen ihm nicht gebührenden Gewinn, auf Koſten des rechtmäßigen Eigenthümers, zu verſchaffen, ſondern nur die, ſeinen rechtmäßigen Erwerb der Sache zu ergänzen. Doch litt dieſes in der älteren Zeit allerdings eine Ausnahme in gewiſſen Fällen, in welchen es zur Erſitzung weder eines titulus, noch der bona fides bedurfte, und deßhalb dieſelbe als improba, oder lucrativa usucapio bezeichnet wurde.[1]) Endlich muß der ſo angefangene Beſitz auch, ohne Unterbrechung, usurpatio, oder ſonſtige Störung der Erſitzung, die geſetzlich beſtimmte Zeit hindurch bei dem Erwerber ſelbſt, oder, mittelſt einer accessio possessionis, bei ſeinem juriſtiſchen Nachfolger fortgedauert haben, nämlich bei beweglichen Sachen drei Jahre, bei Grundſtücken, ſie mögen liegen, wo ſie wollen, zehn Jahre inter praesentes, zwanzig Jahre inter absentes.

Es kann ſich nun leicht ereignen, daß Jemand, obgleich er bona fide eine Sache rechtlich in den Beſitz erhalten, dennoch nicht im Stande iſt, ſie durch longi temporis praesriptio zu erſitzen, weil irgend eine geſetzliche Vorausſetzung dazu mangelt. Deßhalb hielt Juſtinian in einer ſpäteren Conſtitution es für paſſend, daneben noch eine neue Erſitzung für außerordentliche Fälle einzuführen, welche longissimi temporis praescriptio heißt. Es iſt dieſe außerordentliche Erſitzung gebaut auf den ſchon längſt im römiſchen Rechte beſtehenden Grundſatz,[2]) daß die Eigenthumsklage regelmäßig in 30, ausnahmsweiſe freilich erſt in 40 Jahren verjährt. Sie erſcheint nur als eine von Juſtinian vorgenommene Erweiterung jenes Grundſatzes für gewiſſe Fälle, in welchen jene erlöſchende Klagenverjährung ſogar die Geſtalt und Wirkung einer wahren Eigenthumserſitzung annehmen ſoll. Denn, wer die ganze Verjährungszeit von 30, oder 40 Jahren — longissimum tempus — hindurch die bona fide erworbene Sache im juriſtiſchen Beſitze ungeſtört fortbehält, der erwirbt dadurch nicht blos eine Einrede gegen den künftigen Klaganſpruch des bisherigen Eigenthümers, ſondern wird auch ſelber Eigenthümer der Sache.

[1]) S. weiter unten §. 237.

[2]) S. oben §. 59.

Es ist diese Ersitzung dazu bestimmt, um ergänzend da einzutreten, wo entweder der zur ordentlichen Ersitzung erforderliche justus titulus nicht nachgewiesen werden kann, oder die Sache, ohne unbedingt aller Eigenthumserſitzung entzogen zu sein, doch, aus besonderen Gründen, der gewöhnlichen Ersitzung entrückt ist. Die längere Zeitdauer des Besitzes, das longissimum tempus, wobei übrigens kein Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen Statt findet, soll eben den Mangel dieser beiden Erfordernisse ersetzen.

Aus dieser ganzen Darstellung geht hervor, daß die Eigenthumserſitzung, ihrem Wesen nach, den Charakter einer ursprünglichen hat. Gerade das gewährt ihr praktisch eine hohe Bedeutung, indem sie oft zur Ergänzung einer abgeleiteten Erwerbungsart dient; nämlich da, wo der Erwerber den oft schweren Beweis des Eigenthumes derjenigen Personen, von denen er sein Eigenthum ableitet, zu erbringen nicht im Stande ist. Dieser Beweispflicht enthebt ihn dann die Berufung auf Ersitzung.

Usucapio est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis, lege definiti. Modestinus in fr. 2. D. XLI, 3. **de usurp. et usucap.**

Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent; cum sufficeret dominis, ad inquirendas res suas, statuti temporis spatium. Gaius in fr. 1. D. eod.

Jure civili constitutum fuerat, ut, qui bona fide ab eo, qui dominus non erat, cum crediderit, eum dominum esse, rem emerit, vel ex donatione, aliave qua justa causa acceperit, is eam rem, si mobilis erat, anno ubique, si immobilis, biennio tantum in italico solo, usucapiat, ne rerum dominia in incerto essent. Et cum hoc placitum erat, putantibus antiquioribus, dominis sufficere ad inquirendas res suas praefata tempora, nobis melior sententia resedit, ne domini maturius suis rebus defraudentur, neque certo loco beneficium hoc concludatur. Et ideo constitutionem super hoc promulgavimus, qua cautum est, ut res quidem mobiles per triennium usucapiantur, immobiles vero per longi temporis possessionem (id est inter praesentes decennio, inter absentes viginti annis) usucapiantur et his modis non solum in Italia, sed in omni terra, quae nostro imperio gubernatur, dominia rerum, justa causa possessionis praecedente, adquirantur.

Sed aliquando, etiamsi maxime quis bona fide rem possederit, non tamen illi usucapio ullo tempore procedit, veluti, si quis liberum hominem, vel rem sacram, vel religiosam, vel servum fugitivum possideat.

Furtivae quoque res, et quae vi possessae sunt, nec si praedicto longo tempore bona fide possessae fuerint, usucapi possunt. Nam furtivarum rerum lex duodecim tabularum et lex Atinia inhibet usucapionem, vi possessarum lex Julia et Plautia. pr. — §. 2. Inst. II, 6. de usuc.

Usucapio, non praecedente vero titulo, procedere non potest, nec prodesse neque tenenti, neque heredi ejus potest. Diocletianus in c. 4. C. VII, 29. de usucap. pro herede.

Bonae fidei emptor esse videtur, qui ignoravit, eam rem alienam esse, aut putavit, eum, qui vendidit, jus vendendi habere, procuratorem, aut tutorem esse. Modestinus in fr. 109. D. L, 16. de verb. sign.

Usurpatio est usucapionis interruptio. Paulus in fr. 3. D. XLI, 3. de usurp. et usucap.

Naturaliter interrumpitur possessio, cum quis de possessione vi dejicitur, vel alicui res eripitur, quo casu non adversus eum tantum, qui eripit, interrumpitur possessio, sed adversus omnes. Gaius in fr. 5. D. eod.

Quod si quis eam rem desierit possidere, cujus dominus, vel is, qui supposítam eam habebat, exceptione triginta vel quadraginta annorum expulsus est, praedictum auxilium (actionem ad vindicandam rem) non indiscrete, sed cum moderata divisione ei praestari censemus: ut, siquidem bona fide ab initio eam rem tenuerit, simili possit uti praesidio; sin vero mala fide eam adeptus est, indignus eo videatur. Justinianus in c. 8. C. VII, 39. de praescript. triginta vel quadrag. ann.

§. 99.

Andere Erwerbungsarten.

Außer den bisher aufgezählten, giebt es freilich noch manche andere adquisitiones rerum singularum, z. B. Erwerb durch Legat, im Gefolge unmittelbarer gesetzlicher Vorschrift, u. s. w. Allein diese, welche großentheils zu denjenigen gehören, die die Römer unter dem technischen Ausdrucke: lege adquirere zusammenfassen, [1]) werden ihren Platz passender an anderen Stellen des Systemes, wohin sie zunächst einschlagen, erhalten.

BB.

Die per universitatem adquisitiones.

§. 100.

Bisher war blos die Rede von der Erwerbung des Eigenthumes an einzelnen körperlichen Sachen, als solchen. Es kann

[1]) Vgl. oben §. 89. a. E.

aber auch eine universitas (rerum), in diesem Sinne des Wortes, d. h. ein ganzes geschlossenes, bisher fremdes Vermögen, als solches, den unmittelbaren Gegenstand der Erwerbung bilden.

Das Charakteristische einer solchen per universitatem adquisitio besteht darin, daß man dadurch nicht blos an den einzelnen, zur universitas gehörenden körperlichen Sachen das Eigenthum, welches der bisherige Vermögensinhaber daran gehabt hat, erwirbt, sondern auch zugleich in alle seine übrigen Vermögensverhältnisse, als integrirende Bestandtheile der universitas, namentlich mit in die Obligationen desselben, soweit sie nicht, ihrer ganz besonderen Art nach, eine Ausnahme machen, als Successor eintritt. Aber eben deßhalb gehen dann, zugleich mit den dazu gehörenden Rechten und namentlich mit den Forderungen, auch alle Schulden und Verbindlichkeiten, welche auf diesem Vermögen haften, auf den Erwerber desselben über. Denn sie gehören, im juristischen Sinne, mit zu dem Vermögen, zu den bonis, welche die universitas bilden.

Uebrigens setzt ein jeder Fall dieser Art zweierlei voraus. Zuvörderst, daß Jemand, der bisher wirklich ein Vermögen, bona, für sich selbstständig gehabt hat, durch irgend ein Ereigniß juristisch unfähig geworden ist, dieses sein Vermögen noch länger selbst inne zu behalten, daß er also daraus rechtlich herausgetreten ist. Sodann bedarf es auch noch dazu irgend eines Umstandes, eines von den Gesetzen anerkannten Rechtsgrundes, wodurch eine gewisse andere Person dazu berufen ist, für den Ausgetretenen, als dessen juristischer Stellvertreter, per universitatem successor, in jenes erledigte Vermögen, als Ganzes, einzutreten, darin zu succediren. Die Hauptfälle dieser Art sind folgende.

1) Wenn ein bisher freier Mensch die maxima capitis deminutio erlitt und dadurch, als nunmehriger servus, aller Rechte, namentlich auch selbstständiger Vermögensrechte ganz unfähig wurde, so fiel sehr natürlich sein auf diese Weise erledigtes Vermögen demjenigen anheim, welcher, als sein nunmehriger Herr, die dominica potestas über ihn erhielt. Das konnte der Staat selbst sein, aber auch unter Umständen ein Private. War namentlich der Freiheitsverlust die Folge einer Capitalstrafe, zu welcher Jemand, wegen eines Verbrechens, verurtheilt wurde,

ſo fiel, in Form einer Confiscation, das Vermögen des Sträflings an den Staat.

2) Die media capitis deminutio hatte zwar an ſich nicht unbedingt die Folge, daß, wer ſie erlitt, ſchon im Allgemeinen juriſtiſch ganz unfähig wurde, in ſeinen bisherigen Vermögensrechten zu verbleiben. Denn nur etwa diejenigen Vermögensrechte, welche nicht auf dem jus gentium, ſondern auf dem eigentlichen jus civile beruhten, gingen dadurch für ihn verloren. Doch litt das eine Ausnahme, wenn die media capitis deminutio die Folge der Verurtheilung zu einer Capitalſtrafe war. Denn dann knüpfte ſich daran wieder die Confiscation des ganzen Vermögens, mit der oben angegebenen Wirkung.

3) Da, nach der Strenge des älteren römiſchen Rechtes, jeder römiſche Bürger, der ſich in dem jus, der potestas, oder manus eines Anderen befand, trotz ſeines status libertatis et civitatis, unbedingt alles eigenen Vermögens unfähig war, ſo konnte auch durch minima capitis deminutio eine per universitatem adquisitio begründet werden. Denn, wenn eine Perſon, die bisher als homo sui juris vollkommen vermögensfähig geweſen war, alieni juris wurde, z. B. indem ſie ſich arrogiren ließ, oder, als Ehefrau, ſich der manus mariti unterwarf, ſo ging ihr ganzes bisheriges Vermögen auf denjenigen über, der das jus über ſie erwarb. Wie dieſes ſich aber, im Laufe der Zeit, milderte und zum Theil ganz aufhörte, wird ſich weiter unten, in der Lehre von der Ehe und von der väterlichen Gewalt, zeigen.

4) Ferner gehört noch hierher der Fall der bonorum venditio durch den magister bonorum, als eine Folge des Concurſes, wovon das Nähere im Obligationenrechte.

5) Endlich dasjenige Ereigniß, wodurch am häufigſten und natürlichſten für eine bisher rechtsfähige Perſon juriſtiſch die Rechts- und Vermögensfähigkeit verloren geht, ſomit alſo die Möglichkeit, ja Nothwendigkeit einer per universitatem adquisitio herbeigeführt wird, iſt der Tod. Darauf beruht eine ganze Reihe von adquisitiones per universitatem, die jedoch, aus Gründen einer richtigen Methode, unter dem Geſammtnamen des Erbrechtes, oder der Succeſſion in den Nachlaß eines Verſtorbenen, paſſender an das Ende des Rechtsſyſtemes zu ſtellen ſind.

Hactenus tantisper admonuisse sufficit, quemadmodum singulae res adquiruntur. — Videamus itaque nunc, quibus modis per universitatem res vobis adquiruntur. §. 6. Inst. II, 9. per quas pers. nobis adquir.

B.

Verluſt und Ende des Eigenthumes.

§. 101.

Das bisherige Eigenthum einer Perſon kann auf verſchiedene Weiſe erlöſchen.

Vorerſt durch Ereigniſſe, welche ſich zunächſt mit ſeinem Gegenſtande, der Sache, zutragen, ſei es nun, daß dieſe dadurch phyſiſch ganz untergeht, oder ſei es, daß ſie juriſtiſch, wenigſtens in Beziehung auf den bisherigen Eigenthümer, die Eigenthumsfähigkeit verliert, indem ſie extra commercium kommt.

Sodann durch Ereigniſſe, welche zunächſt die Perſon des bisherigen Eigenthümers treffen, indem dieſer die Eigenthumsfähigkeit verliert. Das fällt dann gewöhnlich mit einer daran geknüpften adquisitio per universitatem zuſammen.

Endlich durch Ereigniſſe, welche ſich zunächſt mit dem Rechte ſelbſt zutragen. Zu dieſen gehört, wenn der Eigenthümer ſeine Sache derelinquirt, ſie dadurch zu einer res nullius macht, daß er ſich, durch irgend einen äußeren Act, ihres Beſitzes entledigt, in der entſchiedenen Abſicht, ſich zugleich ſeines bisherigen Eigenthumes zu entäußern, ohne die erweisliche Intention, ſein Eigenthum dadurch auf eine beſtimmte andere Perſon zu übertragen. Dahin gehört ferner, wenn, nach allgemeinen Rechtsgrundſätzen, irgend ein Anderer, ſei es nun mit, oder ohne Willen des bisherigen Eigenthümers, das Eigenthum an deſſen Sachen erwirbt. Denn jeder ſolche neue Eigenthumserwerb einer Perſon an einer, bisher im fremden Eigenthume befindlichen Sache enthält immer mit Nothwendigkeit auch zugleich, für den bisherigen Eigenthümer, einen Eigenthumsverluſt. Der einfache Grund davon iſt der, weil eine Sache zwar ſehr wohl ſucceſſiv mehreren Perſonen, auch gleichzeitig mehreren Perſonen, jeder zu einem beſtimmten Theile, niemals aber zu derſelben Zeit mehreren Per-

sonen ganz und ungetheilt gehören kann. Denn, wenn Einer die ganze Sache als Eigenthümer besitzt und demgemäß das Eigenthum daran ausübt, so kann so lange kein Anderer das Eigenthum daran haben und ausüben.

C.

Schutz des Eigenthumes durch Klagen.

§. 102.

Die rei vindicatio und die negatoria actio.

Dig. lib. VI. tit 1. de rei vindicatione. — Cod. lib. III. tit 32. de rei vindicatione. — Dig. lib. VIII. tit. 5. si servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur. — Dig. lib. XXI. tit. 3. de exceptione rei venditae et traditae.

Das Eigenthum, als dingliches Recht, kann von dritten Personen auf zwei verschiedene Arten gestört werden. Darauf beziehen sich die zwei, zu seinem Schutze bestimmten, und sich gegenseitig ergänzenden in rem actiones, die rei vindicatio und die negatoria actio.

Von der rei vindicatio insbesondere.

Diejenige Störung des Eigenthumes, von Seiten eines Dritten, welche am häufigsten vorkommt, besteht in der widerrechtlichen Vorenthaltung des Besitzes der Sache. Sie erscheint insofern als die gefährlichste, weil dadurch, in ihren Folgen, dem Berechtigten vorerst die fernere Ausübung seines Rechtes factisch so gut, wie unmöglich gemacht wird. Zur Abwendung dieser Störung steht dem Eigenthümer die rei vindicatio zu, und zwar gegen den, von welchem eben die Störung herrührt, d. h. also gegen jeden dritten Besitzer der Sache, welcher deren Besitz widerrechtlich vorenthält, es sei derselbe nun bonae, oder malae fidei possessor. Nur wird freilich dabei aus sehr natürlichen Gründen der letztere, als Beklagter, in mancher Beziehung strenger behandelt, wie der erstere.

Ihrem Hauptzwecke nach, ist die rei vindicatio gerichtet auf Anerkennung des Eigenthumes und demgemäß auf unentgeltliche Herausgabe des Besitzes, also auf Restitution der vorenthaltenen Sache, soweit sie dem Kläger gehört. Daneben verlangt aber auch zugleich der Kläger Erstattung alles des-

jenigen Schadens, den der Beklagte ihm schon durch die bisherige, unbefugte Entziehung des Besitzes der jetzt vindicirten Sache zugefügt hat. Omnis causa.

Will der Kläger den mit der rei vindicatio eingeleiteten Proceß gewinnen, so muß er nöthigenfalls alles dasjenige beweisen, was zur Begründung und Rechtfertigung seiner erhobenen Klage gehört. Das ist vor allen Dingen das Recht, woraus er klagt, also das ihm wirklich zustehende Eigenthum, und dieses wird durch den Beweis einer rechtsgültigen Erwerbungsart erbracht. Sodann hat er aber auch zu beweisen die von ihm behauptete Störung dieses seines Eigenthumes von Seiten des Beklagten, nämlich durch Vorenthaltung des Besitzes. Daher kann der besitzende Eigenthümer niemals vindiciren, und umgekehrt muß der mit der rei vindicatio Verklagte seinerseits immer die vindicirte Sache wirklich besitzen. Doch wird zuweilen Jemand, zur Strafe, wegen seines vorausgegangenen dolosen Benehmens, als Besitzer (fictus possessor) behandelt, obgleich er entweder niemals die Sache besessen, oder wenigstens bereits vor der Anstellung der Klage aufgehört hat, sie zu besitzen. Beweist nun der Kläger die eben angegebenen Punkte, so muß regelmäßig der Beklagte zur Anerkennung des fremden Eigenthumes, demgemäß also zur Restitution, und zwar zur unentgeltlichen Restitution der Sache verurtheilt werden. Doch kann er zuweilen der Verurtheilung dadurch entgehen, daß er, in Gestalt einer exceptio, sich auf gewisse besondere Gründe und Umstände beruft, welche ihn berechtigen, die Sache dem Eigenthümer vorzuenthalten, entweder ganz und für immer, z. B. im Gefolge der exceptio rei venditae et traditae, oder wenigstens noch vorerst, so lange jene besonderen Umstände bestehen, z. B. so lange der Besitzer, Kraft einer ihm an der fremden Sache zustehenden Personalservitut, oder eines Pfandrechts, auf den Besitz der Sache Anspruch hat.

Von der negatoria actio insbesondere.

Indessen auch ohne gänzliche Vorenthaltung des Besitzes der Sache kann Jemand fremdes Eigenthum, wenigstens partiell, dadurch stören, daß er dessen natürliche Freiheit und Unbeschränktheit nicht anerkennt, indem er, ohne besondere dazu berechtigende Gründe, der freien Ausübung Hindernisse in den Weg

legt. Dann reicht allerdings die rei vindicatio zum Schutze des Eigenthümers nicht aus; aber es ist ihm für diesen Fall eine andere dingliche Klage, die negatoria, oder negativa actio, gegeben, gegen jeden Dritten, der sich unbefugterweise dergleichen störende Beschränkungen des Eigenthumes anmaaßt. Gerichtet ist sie, als libertatis vindicatio, ihrem Hauptzwecke nach, auf Anerkennung der Freiheit des Eigenthumes von der, von dem Kläger in Abrede gestellten, negirten, Beschränkung, und demgemäß auf Unterlassung aller ferneren Störung. Ihrem Nebenzwecke nach, geht sie zugleich auf Erstattung desjenigen Schadens, welcher dem Kläger schon durch die bisherigen Störungen und Anmaaßungen des Beklagten erwachsen ist. Obgleich nun die Negatorienklage zunächst auf Anerkennung der in Anspruch genommenen Freiheit des Eigenthumes gerichtet ist, so braucht doch der Kläger nur das Dasein seines Eigenthumes überhaupt zu beweisen. Denn die Freiheit und Unbeschränktheit als natürliche und regelmäßige Eigenschaft desselben, wird dann schon rechtlich vermuthet, bis das Gegentheil erwiesen ist.

Beide Klagen, die rei vindicatio, wie die Negatorienklage, obgleich sie direct nur dem wirklichen Eigenthümer zustehen, können doch utiliter von manchen anderen Personen angestellt werden, denen sie in dieser Art gesetzlich gestattet sind, z. B. von dem Emphyteuta.

Dem Eigenthümer stehen nun zwar, zu seinem Schutze, nicht selten auch noch possessorische Interdicte[1]) zu. Aber diese gehören nicht hierher, weil sie nicht aus dem Eigenthume, als solchem, sondern aus dem Besitze fließen und zunächst nur zum Schutze dieses Letzteren bestimmt sind.

In rem actio competit ei, qui aut jure gentium, aut jure civili, dominium adquisivit. Paul. in fr. 23. pr. D. VI, 1. de rei vindicatione.

Officium autem judicis in hac actione (rei vindicatione) in hoc erit, ut judex inspiciat, an reus possideat. Ubi enim probavi. rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non objecit aliquam exceptionem. Ulpian. in fr. 8. D. eod.

Si a Titio fundum emeris, qui Sempronii erat, isque tibi traditus fuerit pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres extiterit, et eundem fundum Mevio vendiderit et tradiderit, Julianus

[1]) S. oben §. 88.

ait, aequius esse, Praetorem te tueri, quia, et si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione in factum comparata, vel doli mali summoveretur. Ulpian. in fr. 4. §. 32. D. XLIV, 4. de doli except.

§. 103.

Von der Publiciana in rem actio.

Dig. lib. VI. tit. 2. de Publiciana in rem actione.

Sowohl die rei vindicatio, als die negatoria actio ſetzt ſchon vollſtändig erworbenes dominium von Seiten des Klägers voraus. Wer daher nur auf dem Wege iſt, ſolches Eigenthum zu erwerben, iſt noch außer dem Schutze dieſer Klagen.

Das gilt ſelbſt von demjenigen, welcher bona fide und justo titulo eine uſucapionsfähige Sache zum juriſtiſchen Beſitze erworben hat. Denn, obgleich er, unter dieſen Umſtänden, die Sache uſucapiren kann, ſo bleibt er doch, bis zur vollendeten Uſucapion, noch bloßer civilis possessor. Indeſſen nimmt ſich der Prätor ſchon vorläufig ſeiner an und behandelt ihn, mittelſt einer Fiction, ſchon jetzt ſo, als ſei die Uſucapion vollendet und der Civilbeſitz dadurch bereits in Eigenthum verwandelt, indem er ihm eine in rem actio geſtattet. Das iſt die ſchon oben, bei der Geſchichte des Eigenthumes, erwähnte Publiciana in rem actio.[1]) Im älteren römiſchen Rechte hatte dieſe Klage auch noch die Beſtimmung, dem ſ. g. bonitariſchen Eigenthümer ſo lange, bis derſelbe durch Uſucapion ſein bonitariſches Eigenthum in quiritariſches verwandelt hatte, zu ſeiner Sicherung zu dienen. Wie aber, ſeit der Verſchmelzung des ſ. g. bonitariſchen und quiritariſchen Eigenthumes durch Juſtinian zum neueren dominium, in jenem Falle es keiner Publiciana in rem actio mehr bedarf, davon war ſchon oben die Rede.[2])

Sie iſt, in vielfacher Beziehung, nach Veranlaſſung und Zweck, offenbar der rei vindicatio nachgebildet. Daher ſetzt ſie auch gerade ſo, wie dieſe, voraus, daß der Kläger den Beſitz der Sache verloren hat, und daß ihm die Sache von einem dritten Beſitzer vorenthalten wird. Auch verfolgt ſie denſelben Zweck, wie die rei vindicatio, d. h. Herausgabe der Sache, cum

[1]) S. oben §. 90.

[2]) Vergl. §. 90. und 91.

omni causa. Nur freilich unterscheidet sie sich wesentlich von der rei vindicatio dadurch, daß sie nicht so durchgreifend, wie diese, unbedingt gegen jeden dritten Besitzer der Sache geltend gemacht werden kann. Denn sie kann, mit Erfolg, auf keinen Fall gegen den dominus durchgesetzt werden, weil dieser ein stärkeres Recht, als der bonae fidei possessor, und in der Wirklichkeit hat, was bei Letzterem nur fingirt wird. Eben so wenig gegen einen dritten Besitzer, der gleichfalls civiliter besitzt, und dem also dieselbe Fiction des Eigenthumes, wie dem bisherigen Besitzer, zur Seite steht. Denn Letzterer hat, bei gleicher Berechtigung, den Besitzstand für sich voraus, et in pari causa melior est conditio possidentis. Wer dagegen nicht einmal civiliter besitzt, also offenbar ein schwächeres Recht an der Sache hat, der muß dem Kläger dieselbe herausgeben und ihn, in dieser Beziehung, wie einen dominus anerkennen. Natürlich hat aber der Kläger zu diesem Zwecke immer, als Grund seiner Klage, diejenigen Umstände, worauf die ganze Fiction der Publicianischen Klage gebaut ist, zu beweisen, nämlich daß er, vor dem Verluste der Sache, sie civiliter besessen und zu usucapiren angefangen habe. Es erklärt sich übrigens sehr einfach, warum es mit der rechtlichen Begründung der Publiciana in rem actio nicht in allen Punkten so streng genommen wird, wie mit der Usucapion. Denn letztere kann, ja soll sogar dem bisherigen Eigenthümer der Sache sein Eigenthum, zu Gunsten des Usucapienten, entziehen, während die bloße Gestattung der Publiciana, in ihren Folgen, dem Eigenthümer selber niemals präjudicirt.

Allerdings ist die Publicianische Klage zunächst nicht für den Eigenthümer der Sache bestimmt. Denn dieser bedarf ihrer nicht, indem ihm, zu gleichem Zwecke, ja schon die rei vindicatio zusteht. Doch kann unter Umständen auch der Eigenthümer, Statt der rei vindicatio, sich der Publiciana bedienen, indem ihm letztere dieselben Dienste leistet, daneben aber noch besondere Vortheile gewähren kann. Das zeigt sich besonders darin, daß der Kläger dann einen leichteren Beweis zu führen hat, und namentlich des oft schweren Beweises des bereits vollständig erworbenen Eigenthumes dadurch überhoben wird.

Namque si cui ex justa causa res aliqua tradita fuerit, (veluti ex causa emtionis, aut donationis, aut dotis, aut legatorum,)

necdum ejus rei dominus effectus est, si ejus rei casu possessionem amiserit, nullam habet directam in rem actionem ad eam rem persequendam: quippe ita proditae sunt jure civili actiones, ut quis dominium suum vindicet. Sed, quia sane durum erat, eo casu deficere actionem, inventa est a praetore actio, in qua dicit is, qui possessionem amisit, eam rem se usu cepisse et ita vindicat, suam esse. Quae actio Publiciana appellatur, quoniam primum a Publicio praetore in edicto proposita est. §. 4. Inst. IV, 6. de action.

Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur, (ejusque rei argumentum est primo aequitas, deinde exceptio, si ea res possessoris non sit,) sed ut is, qui bona fide emit, possessionemque ex ea causa nactus est, potius rem habeat. Neratius in fr. 17. D. VI, 2. de Public. in rem actione.

Drittes Capitel.

Die Lehre von den dinglichen Rechten an einer fremden Sache.

§. 104.

Allgemeiner Begriff derselben.

Das Eigenthum ist, trotz seiner natürlichen Freiheit und Unbeschränktheit, libertas rei, welche allerdings seinen regelmäßigen Charakter bildet, ausnahmsweise sehr bedeutender Beschränkungen fähig. Namentlich steht es mit dem Wesen des Eigenthumes durchaus nicht im Widerspruche, daß von der ganzen Summe aller möglichen, ausschließlichen Befugnisse, welche dem Eigenthümer regelmäßig an seiner Sache zukommen, einzelne, mehrere oder wenigere, ja sogar viele, temporär, vielleicht auf lange Zeit, abgelöst und auf einen Anderen übertragen werden können.

Geschieht nun eine solche Uebertragung auf Andere blos in Gestalt und Gefolge eines Obligationsverhältnisses, so liegt darin nur dem Scheine, nicht aber der Sache und Wirklichkeit nach, eine wahre Ablösung jener Befugnisse von dem Eigenthume. Denn es bleiben hier, genauer betrachtet, alle jene Eigenthumsbefugnisse noch lediglich mit dem Eigenthume verbunden. Es übt nämlich der so blos persönlich Berechtigte, z. B. der Pachter, oder Miether der fremden Sache, nicht selbstständig für sich,

kraft eines eigenen Rechtes an der Sache, die ihm obligationsmäßig überlassenen Eigenthumsbefugnisse aus, sondern nur im Namen und als Stellvertreter des Eigenthümers. Daher kommt ein auf diese Weise Berechtigter nicht zu der fremden Sache selbst in ein Rechtsverhältniß, sondern lediglich zu der Person des Eigenthümers derselben, welcher, in dieser Beziehung, nur als Schuldner verpflichtet ist, die Ausübung jener Befugnisse seinem Creditor zu gestatten. Anders gestaltet sich das aber freilich dann, wenn die Eigenthumsbefugnisse wirklich temporär von dem Eigenthume in der Art abgelöst werden, daß sie, bis zu ihrer Wiedervereinigung damit, gar nicht mehr dazu gehören. Der Berechtigte übt vielmehr dann an der fremden Sache ein ebenso selbstständiges Recht aus, wie der Eigenthümer an der eigenen Sache. Er kommt also dadurch zu der fremden Sache selbst wirklich in ein unmittelbares Rechtsverhältniß, im Gefolge dessen die Sache, wenn auch immer nur partiell, doch in einer ähnlichen Art, seiner Herrschaft unterworfen wird, wie dem Eigenthümer seine eigene Sache.

Daraus erklärt sich genügend der Name jura in re aliena, dingliche Rechte an fremden Sachen, für dergleichen Rechte. Denn, so wie ihr unmittelbarer Gegenstand, die Sache, und ihr dinglicher Charakter sie auf der einen Seite dem Eigenthume gleichstellt, eben so unterscheidet auf der anderen Seite der Umstand, daß ihr Inhaber immer noch das Eigenthum eines Anderen an der Sache, diese letztere also immer als eine fremde anerkennen muß, genügend die jura in re aliena von dem Eigenthume.

Der Begriff solcher dinglicher Rechte an fremden Sachen war nun allerdings schon dem älteren römischen Rechte nicht fremd, aber freilich nur in der Gestalt der Servituten. Erst das ausgebildete, neuere römische Recht erkennt vier Arten der jura in re aliena an. Sie heißen: servitus, emphyteusis, superficies und Pfandrecht.

Allerdings hat unter diesen die emphyteusis und superficies, dem Inhalte und Umfange des darin liegenden Rechtes nach, so wie nach der Art der daraus entspringenden Klage, am meisten Aehnlichkeit mit dem Eigenthume. Dennoch schließen sich, nach dem geschichtlichen Entwickelungsgange, die Servituten insofern am nächsten an das Eigenthum an, als sie entschieden das älteste jus in re aliena bilden und wahrschein-

lich eben so alt sind, als das Eigenthum selbst. Auch spricht sich in ihnen am schärfsten und reinsten aus der Charakter des dinglichen Rechtes an fremder Sache, im Gegensatze zum Eigenthume. Daraus rechtfertigt sich die Reihenfolge, in welcher jetzt nach einander die jura in re aliena abzuhandeln sind.

Erster Titel.

Die Lehre von den Servituten.

§. 105.

Allgemeiner Charakter der Servituten.

Die Servituten haben es nur mit allen übrigen dinglichen Rechten an fremden Sachen gemein, daß sie das regelmäßige freie Eigenthum, aus besonderen Gründen, beschränken.

Auch das kann nicht als charakteristisches Merkmal der Servituten gelten, daß die darin liegende Beschränkung des sonst und regelmäßig freien Eigenthumes sich immer nur darin äußern kann, daß der Eigenthümer der Sache, in unmittelbarer Beziehung auf dieselbe, zum Vortheile des Servitutberechtigten, etwas unterlassen muß, non facere, was er sonst nicht zu unterlassen brauchte, oder etwas leiden muß, pati, was er außerdem nicht zu leiden brauchte. Dagegen kann und darf die Servitut, ihrem Inhalte nach, niemals darin bestehen, daß der Eigenthümer, in Beziehung auf seine, der Servitut unterworfene Sache, zum Vortheile des Servitutberechtigten, irgend zu einer positiven Handlung, zu einem facere, verpflichtet erscheint. Denn, so wahr auch der Grundsatz: servitus in faciendo consistere non potest, erscheint, so tief er auch in das Wesen der Servituten eingreift, so liegt er doch nicht sowohl in der besonderen Natur der servitus, als vielmehr schon in dem allgemeinen Charakter des jus in re aliena begründet. Er tritt nur zufällig bei der Servitut etwas schärfer hervor und wird bei dieser wohl nur darum von den römischen Juristen bestimmter, wie bei den übrigen ähnlichen Rechten, ausgesprochen und hervorgehoben, theils weil die Servituten ursprünglich und lange das einzige jus in re aliena waren, theils weil sie, in Rücksicht ihres sonstigen Inhaltes, entschieden einer weit größeren Mannigfaltigkeit fähig sind, als die anderen dinglichen Rechte an fremden Sachen. Der Grund seiner Allgemeinheit liegt übrigens

darin, weil jedes jus in re aliena, seinem Wesen nach, zwar nothwendig und immer die fremde Sache selbst partiell der Herrschaft des Berechtigten unterwirft, nicht aber die Person des Eigenthümers. Die Verpflichtung dieses letzteren, etwas Positives zum Vortheile des Berechtigten zu thun, würde aber eben zunächst die Person des Eigenthümers und nicht blos seine Sache treffen. Gerade deßhalb ist eine Verpflichtung der Art allerdings, in Form einer obligatio, einer Forderung des Berechtigten gegen die Person des Eigenthümers, sehr wohl denkbar, widerspricht aber der Natur des jus in re.

So wahr es ferner ist, daß die Servitut immer, ihrem Inhalte nach, mittelbar oder unmittelbar, auf eine Benutzung der fremden Sache gerichtet ist, so theilt sie doch auch diese Eigenschaft, zwar nicht mit allen, aber doch mit gewissen anderen dinglichen Rechten an fremden Sachen, welche nicht Servituten sind, namentlich mit der Emphyteusis und mit der Superficies.

Endlich hat die Servitut auch das nur mit allen übrigen dinglichen Rechten an fremder Sache gemein, daß zu ihrem Schutze eine in rem actio begründet ist.

Dagegen giebt es zwei Merkmale, welche in der That charakteristisch die Servituten vor allen übrigen dinglichen Rechten an fremder Sache auszeichnen. Das eine ist das schon oben berührte geschichtliche Moment, daß die Servitut das älteste, ursprünglich sogar das einzige, schon im alten römischen Civilrechte begründete jus in re aliena bildete, während die übrigen erst dem späteren Civilrechte, oder dem prätorischen Rechte ihre Entstehung, oder wenigstens ihre vollständige Ausbildung verdanken. Darum heißt auch die Servitut vorzugsweise schlechtweg jus in re. Noch bezeichnender ist die, auch in ihren praktischen Folgen hochwichtige Eigenschaft der Servitut, wonach sie so streng und unzertrennlich an ihr ursprünglich berechtigtes Subject geknüpft ist, daß sie von demselben, ohne unterzugehen, nicht losgerissen werden kann. Eine Eigenthümlichkeit, welche keines der übrigen jura in re aliena theilt. Gerade deßhalb hat die Unterscheidung aller Servituten, nach ihrem berechtigten Subjecte, in servitutes praediorum, s. rerum, s. g. Realservituten, welche einem bestimmten Grundstücke zu dessen Vortheile, und in servitutes personarum, s. g. Personalservituten,

welche einer bestimmten menschlichen Person zu deren Vortheile eingeräumt sind, eine so folgenreiche Bedeutung. Denn danach eben bestimmt sich zunächst und erst genauer dasjenige Subject, an welches die Servitut unzertrennlich geknüpft ist, und wonach sie, in allen ihren Rechtsverhältnissen, beurtheilt werden soll.

In Rücksicht ihres Gegenstandes sind die Servituten, als Beschränkungen des fremden Eigenthumes, natürlich nur an einer solchen Sache möglich, welche nicht blos überhaupt des Eigenthumes fähig, sondern auch wirklich zur Zeit im Eigenthume eines Anderen ist. Damit hängt zusammen die ursprüngliche Beschränkung der Realservituten auf italische Grundstücke, die freilich im neueren römischen Rechte hinwegfällt.

Die Servitut ist das einzige Recht, auf welches, trotz seiner entschiedenen Eigenschaft als unkörperliche Sache, die Römer gewisse Grundsätze des mit seinem Gegenstande, der körperlichen Sache, zusammenfallenden Eigenthumes in der Art anwendeten, daß sie analog den Begriff der possessio, als quasi oder juris possessio, mit den rechtlichen Folgen des Besitzes, den possessorischen Interdicten und der Ersitzung, auch auf sie übertrugen.[1])

Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridaria tollat, aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc, ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur, aut non faciat. Papin. in fr. 15. §. 1. D. VIII, 1. de servitutibus.

Servitutes aut personarum sunt, ut usus et ususfructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum. Marcianus in fr. 1. D. eod.

§. 106.

Die servitutes rerum s. praediorum insbesondere.

Inst. lib. II. tit. 3. de servitutibus praediorum. — Dig. lib. VIII. tit. 1. de servitutibus. tit. 2. de servitutibus praediorum urbanorum. tit. 3. de servitutibus praediorum rusticorum. — Cod. lib. III. tit. 34. de servitutibus et aqua.

Sie bilden entschieden die älteste Art der Servituten und heißen deßhalb in unseren Rechtsquellen oft vorzugsweise servitutes, ohne weiteren Zusatz.

[1]) Vergl. oben §. 88. a. E.

Das allgemeine Princip, worauf die ganze weitere Theorie der Realservituten sehr consequent von den römischen Juristen gebaut worden, ist, daß hier nicht blos als nächster Gegenstand, Object, der Servitut wesentlich ein s. g. dienendes Grundstück, ein praedium, quod servitutem debet, an welchem die Servitut zusteht, vorausgesetzt wird, sondern auch ein diesem correspondirendes bestimmtes anderes Grundstück. Diesem letzteren, was daher auch das herrschende genannt wird, praedium, cui servitus debetur, steht zunächst die Servitut zu, und es erscheint dasselbe in der That als das berechtigte Subject. [1])

Aus dem angegebenen und an die Spitze gestellten Satze lassen sich nun in der That einfach die meisten Eigenthümlichkeiten der Realservituten ableiten. Darum müssen sie so beschaffen sein, daß daraus dem berechtigten, herrschenden Grundstücke selbst, nicht blos etwa dem zeitigen Besitzer desselben, für seine Person, ein, und zwar unmittelbar von dem servitutpflichtigen, dienenden Grundstücke selbst, ex perpetua causa ausgehender Nutzen erwächst. Darum ferner dürfen sie zwar von dem zeitigen Besitzer des berechtigten Grundstückes, gewissermaaßen als Repräsentanten desselben, aber immer nur zum Vortheile jenes Grundstückes und nur so weit, als dessen Bedürfniß geht, ausgeübt werden. Darum müssen beide Grundstücke, als praedia vicina, in einer, jenem Zwecke und Verhältnisse entsprechenden Nähe bei einander liegen. Darum endlich ist die Realservitut, ihrer Entstehung und Fortdauer nach, streng und unzertrennlich an die Existenz, und zwar fortdauernde Existenz des herrschenden Grundstückes, als des berechtigten Subjectes, geknüpft, und geht mit diesem selbst unter.

Daß die Realservituten, in dem ihnen einmal angewiesenen Umfange, juristisch untheilbar sind, beruht nicht auf dem allge-

[1]) Wenn hier, gegen die sonstige allgemeine Regel, ein Grundstück, also eine Sache, als Rechtssubject und Person bezeichnet wird, so erklärt sich dieser scheinbare Widerspruch sehr einfach. Denn auch die Realservitut steht, dem Erfolge nach, immer Menschen zu, und nur deßhalb wird dabei das Grundstück selbst als das servitutberechtigte Subject bezeichnet und behandelt, weil sowohl diejenigen Menschen, denen die Realservitut zu Gute kommt, und von denen sie ausgeübt werden kann und darf, als auch das Maaß der Ausübung und die Dauer des Rechtes, sich hier, auf eine eigenthümliche Weise, nach dem Besitze, nach dem Bedürfnisse und nach der fortdauernden Existenz eines bestimmten Grundstückes richten sollen.

meinen Begriffe der Servitut, als solcher, sondern wohl mehr auf dem eigenthümlichen Inhalte der Realservituten, als solcher. Wahrscheinlich lagen auch allgemeine, landwirthschaftliche Rücksichten dem Verbote einer solchen Theilung zum Grunde.

Ihrer Zahl nach, sind die Realservituten nicht geschlossen, sondern es giebt deren so viele, als sich Nutzungen eines Grundstückes von dem anderen, auf welche die oben angegebenen Voraussetzungen passen, denken lassen. Nicht ohne praktische Wichtigkeit ist dabei die uralte Eintheilung in servitutes praediorum rusticorum, auch rusticae servitutes genannt, und in servitutes praediorum urbanorum, auch urbanae servitutes genannt. Sie hängt zusammen nicht mit der örtlichen Lage in, oder außer der Stadt, sondern mit der sonstigen wesentlichen Bestimmung des berechtigten Grundstückes, je nachdem es ein Gebäude, oder ein von Gebäuden leerer Platz ist, und ihre Bedeutsamkeit beruht wieder darauf, daß Inhalt und Umfang der Realservitut hauptsächlich durch das Bedürfniß jenes berechtigten Grundstückes bedingt ist. Als Beispiele von servitutes praediorum rusticorum verdienen die servitus itineris, actus, viae et aquaeductus schon darum hervorgehoben zu werden, weil sie, als einem Ackerbau treibenden Volke zunächst liegend, die ältesten waren und ihrer, wenigstens zum Theil, schon in den zwölf Tafeln Erwähnung geschieht. Damit hängt denn auch zusammen, daß unter allen unkörperlichen Sachen und Rechten blos die Realservituten, und unter diesen wieder blos die rusticae als res mancipi galten. Dagegen zeichneten sich die servitutes praediorum urbanorum durch manche Eigenthümlichkeiten in ihren Erwerbs- und Verlustverhältnissen aus. Dahin gehört, daß auch die Befreiung eines praedium urbanum von einer bisher darauf lastenden servitus urbana, in gewisser Beziehung, als die Erwerbung einer neuen Servitut, nämlich der der Freiheit von der vorigen Servitutenlast, behandelt wird. Beispiele derselben liefern die servitus oneris ferendi, altius tollendi, vel non tollendi, stillicidii u. s. w.

Ideo autem hae servitutes praediorum appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt. Nemo enim potest servitutem adquirere urbani vel rustici praedii, nisi qui habet praedium. §. 3. Inst. II, 3. de servitutibus praediorum.

Et servitutes dividi non possunt. Nam earum usus ita connexus est, ut, qui eum patiatur, naturam ejus corrumpat. Pomponius in einer nicht in die Pandekten mit aufgenommenen, sondern sonst als Bruchstück erhaltenen Stelle. Corp. juris antejust. Bonn. p. 169.

Rusticorum praediorum jura sunt haec: iter, actus, via, aquaeductus. Iter est jus eundi, ambulandi hominis, non etiam jumentum agendi, vel vehiculum. Actus est jus agendi jumentum, vel vehiculum. Ita, qui iter habet, actum non habet; qui actum habet, et iter habet, eoque uti potest, et sine jumento. Via est jus eundi et agendi et ambulandi; nam et iter et actum via in se continet. Aquaeductus est jus aquae ducendae per fundum alienum.

Praediorum urbanorum servitutes sunt hae, quae aedificiis inhaerent, ideo urbanorum praediorum dictae, quoniam aedificia omnia urbana praedia appellamus, etsi in villa aedificata sint. Item praediorum urbanorum servitutes sunt hae: ut vicinus onera vicini sustineat, ut in parietem ejus liceat vicino tignum immittere, ut stillicidium vel flumen recipiat quis in aedes suas, vel in aream, vel in cloacam, ne altius tollat quis aedes suas, ne luminibus vicini officiat. pr. et §. 1. Inst eod.

Omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent. Paul. in fr. 28. D. VIII, 2. de servitut. praed. urban.

Neratius in libris ex Plautio ait, nec haustum pecoris, nec appulsum, nec cretae eximendae, calcisque coquendae jus posse in alieno esse, nisi fundum vicinum habeat; et hoc Proculum et Atilicinum existimasse ait. Sed ipse dicit, ut maxime calcis coquendae et cretae eximendae servitus constitui possit, non ultra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit. Ulpianus in fr. 5. §. 1. D. VIII, 3. de servitut praed. rusticor.

§. 107.

Die servitutes personarum insbesondere.

Inst. lib. II. tit. 4. de usufructu. tit. 5. de usu et habitatione. — Dig. lib. VII. tit. 1. de usufructu. tit. 7. de operis servorum. tit. 8. de usu et habitatione. — Cod. lib. III. tit. 33. de usufructu et habitatione et ministerio servorum.

Was diese Personalservituten, im Gegensatze zu den Realservituten, charakterisirt, ist der Umstand, daß sie, ohne Beschränkung auf die Existenz und Fortdauer, so wie auf das Bedürfniß eines bestimmten Grundstückes, einer bestimmten menschlichen Person eingeräumt sind, und daß sie ebensowohl an fremden beweglichen Sachen, als an Grundstücken zustehen können.

Ihrem Inhalte nach, sind sie sämmtlich auf eine gewisse, mehr oder weniger unbeschränkte Benutzung der fremden Sache gerichtet. Die Römer nennen uns nun freilich, mit besonderen bestimmten Namen, nur vier Servituten als Personalservituten, nämlich den ususfructus, den usus, die habitatio und die operae servorum vel animalium. Das heißt aber nur so viel, daß diese vier Servituten überall, wo sie vorkommen, nur als für eine menschliche Person bestimmt, also als Personalservitut, nicht aber als für ein Grundstück bestimmt, also als Realservitut, gedacht und constituirt werden können. Dagegen diejenigen Servituten, die sich gewöhnlich als Realservituten aufgeführt finden, können unbedenklich auch in der Eigenschaft als Personalservituten gedacht und constituirt werden. Sie nehmen übrigens, in diesem letzteren Falle, die Natur eines auf gewisse specielle Nutzungsarten beschränkten ususfructus, oder usus an.

Der Inhalt und Umfang der vorzugsweise als solche bezeichneten Personalservituten bringt es mit sich, daß dadurch die servitutpflichtige Sache ganz aus den Händen, aus der physischen Obhut des hier vorzugsweise als proprietarius bezeichneten Eigenthümers heraus, und in die Hände des Servitutberechtigten übergeht; was bei Realservituten niemals der Fall ist. Daraus erklärt sich sehr natürlich die von den Gesetzen der servitutberechtigten Person auferlegte Verbindlichkeit, den Proprietar gleich anfangs, mittelst Stellung von Bürgen, gegen alle ihm daraus für die Zukunft drohenden Nachtheile sicher zu stellen. Sie heißt cautio usufructuaria, obgleich sie nicht blos auf den ususfructus, als solchen, beschränkt ist. Gerichtet wird sie auf zwei Punkte, ein Mal darauf, die fremde Sache nicht mißbrauchen, sodann darauf, sie jedenfalls sofort, nach erloschenem Rechte, dem Eigenthümer restituiren zu wollen.

Was nun die servitus ususfructus und usus betrifft, so sind dieses entschieden die beiden regelmäßigen Formen der Personalservituten. Sie unterscheiden sich von einander zunächst durch den Umfang der in ihnen liegenden Nutzungsbefugnisse, indem der ususfructus, seinem Inhalte nach, immer etwas mehr gewähren soll, als der bloße usus. Denn der usufructuarius, welcher übrigens auch fructuarius heißt, ist, wie schon in dem Worte selbst liegt, sowohl zu dem vollständigen uti, als zu dem vollständigen frui befugt, d. h. zu einer jeden

möglichen, und zwar ausschließlichen Benutzung der fremden Sache, sie bestehe nun in Ziehung von Früchten, deren Eigenthum er durch Percipiren erwirbt, oder in anderem Gebrauche, der Usufructuar mag ferner die fremde Sache selbst unmittelbar für seine eigene Person benutzen, oder auch über sein persönliches und häusliches Bedürfniß hinaus, indem er, was er nicht selber von Nutzungen und Früchten brauchen kann, oder will, an Andere, sowohl für Geld, als unentgeltlich, überlassen darf.

Dagegen in der servitus usus liegt an sich zunächst blos das Recht zu dem uti, mit Ausschluß des frui. Das heißt indessen nur so viel, der usuarius darf die fremde Sache benutzen, aber nur mit einer gewissen bestimmten Beschränkung, welche der besondere römische, juristische Sprachgebrauch, wie er sich, von praktischen Bedürfnissen ausgehend, allmählig gebildet hat, allerdings nicht immer ganz zusammentreffend mit dem gewöhnlichen, als den Inhalt des bloßen usus bezeichnet. Denn insofern die Sache auch ohne Abwerfen von Früchten nutzbar ist, darf der Usuar sie zwar vollständig und ausschließlich gebrauchen, aber ohne sich ihre Früchte, durch Percipiren derselben, anzueignen. Insofern dagegen die Sache ohne Ziehen von Früchten davon gar nicht nutzbar ist, darf er zwar auch Früchte davon ziehen, doch nur für seinen persönlichen, häuslichen Familienbedarf, und ohne die Ausübung des Rechtes an Andere überlassen zu dürfen. Eine von der servitus ususfructus verschiedene servitus fructus kennt das römische Recht nicht, sondern hält beide für gleichbedeutend. Und in der That liegt ja schon im Ziehen der Früchte immer von selbst zugleich ein Gebrauchen, usus, der Sache.

Darin treffen sowohl der ususfructus, als der usus zusammen, daß der Gebrauch der fremden Sache salva ejus substantia gemacht werden muß. Gerade darum ist der ususfructus nur an solchen Sachen, quae usu non consumuntur, möglich. Indessen kam, durch ein Senatusconsultum aus den ersten Kaiserzeiten, spätestens unter Tiberius, der Grundsatz auf, daß auch an solchen Sachen, quae usu consumuntur, wenn auch kein verus ususfructus, doch ein demselben analog nachgebildetes Rechtsverhältniß Statt finden könne. Nur ist freilich dieser s. g. quasi ususfructus kein wirkliches jus in re aliena, sondern vielmehr nur ein, durch eine, der cau-

tio usufructuaria analoge, ähnliche Cautionsleistung gesichertes und, seiner sonstigen Natur nach, dem ususfructus möglichst nachgebildetes, Obligationsverhältniß.

Der ususfructus und der usus bilden die beiden regelmäßigen Formen und Namen von Personalservituten. Allein die Römer gestatten auch noch daneben, in Gemäßheit besonderer Verabredung, die Bestellung von eigenthümlich modificirten, ihrem Inhalte nach beschränkteren Personalservituten. Von diesen haben zwei späterhin, durch allgemeine Gesetzesvorschrift, feste technische Namen und, im Gefolge eines zum Theil sehr willkürlichen juristischen Sprachgebrauches, eine ein für alle Mal geregelte Theorie erhalten. Das sind die habitatio und die operae servorum (vel animalium).

Ususfructus est jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia.

Constituitur autem ususfructus non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in servis et jumentis et ceteris rebus, exceptis iis, quae ipso usu consumuntur. Nam hae res neque naturali ratione, neque civili recipiunt usumfructum. Quo in numero sunt vinum, oleum, frumentum, vestimenta, quibus proxima est pecunia numerata. Namque ipso usu, assidua permutatione quodammodo extinguitur. Sed utilitatis causa senatus censuit, posse etiam earum rerum usumfructum constitui: ut tamen eo nomine heredi utiliter caveatur. Itaque, si pecuniae ususfructus legatus sit, ita datur legatario, ut ejus fiat, et legatarius satisdet heredi, de tanta pecunia restituenda, si morietur, aut capite minuetur. — Ergo senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum, (nec enim poterat,) sed per cautionem quasi usumfructum constituit. pr. et §. 2. Inst. II, 4. de usufructu.

Minus autem juris est in usu, quam in usufructu. Nam is, qui fundi nudum habet usum, nihil ulterius habere intelligitur, quam ut oleribus, pomis, floribus, foeno, stramentis et lignis ad usum quotidianum utatur; in eoque fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit, neque iis, per quos opera rustica fiunt, impedimento: nec ulli alii, quod habet, aut locare, aut vendere, aut gratis concedere potest, cum is, qui usumfructum habet, possit haec omnia facere. §. 1. Inst. II, 5. de usu et habitatione.

Sed, si cui habitatio legata, sive aliquo modo constituta sit, neque usus videtur, neque ususfructus, sed quasi proprium aliquod jus; quamquam habitationem habentibus, propter rerum utilitatem, secundum Marcelli sententiam, nostra decisione promulgata permisimus, non solum in ea degere, sed etiam aliis locare. §. 5. Inst. eod.

Si cujus rei ususfructus legatus sit, aequissimum praetori visum est, de utroque legatarium cavere: et usurum se boni viri arbitratu, et, cum ususfructus ad eum pertinere desinet, restituturum, quod inde extabit. fr. 1. pr. D. VII, 9. usufructuarius quemadmodum caveat.

§. 108.

Begründung und Erlöschen der Servituten.

Dig. lib. VII. tit. 4. quibus modis ususfructus vel usus amittitur. — Dig. lib. VII. tit. 6. quemadmodum servitutes amittuntur.

I. Was die Erwerbung einer Servitut betrifft, so liegt es schon in der eigenthümlichen Natur der Servitut, daß ihre Erwerbung immer eine ursprüngliche ist, niemals als eine abgeleitete vorkommen kann. Denn die Servitut ist ja, ein Mal begründet, immer streng und unzertrennlich an ihr berechtigtes Subject geknüpft.

Am natürlichsten und häufigsten entsteht sie, als eine, von dem Eigenthümer selbst beliebte, Ablösung einzelner Bestandtheile seines Eigenthumes und Uebertragung derselben auf Andere zum dinglichen Rechte, durch vertragsmäßige Bestellung. Darin liegt nämlich eine theilweise Alienation, aber nicht der Sache, sondern nur gewisser, mit ihr verbundener Eigenthumsbefugnisse. Was die Form einer solchen Servitutenbestellung betrifft, so bestand sie, nach dem älteren römischen Rechte, wenn es einer an italischen Grundstücken zu constituirenden Servitut galt, in einer in jure cessio und, bei servitutes praediorum rusticorum, in einer mancipatio der Servitut. Außerdem genügte schon die bloße pactio et stipulatio. Daher ist anzunehmen, daß im neueren römischen Rechte, seit dem Verschwinden der in jure cessio und der mancipatio, an deren Stelle ja nichts Analoges getreten ist, zur Begründung der Servitut, als dinglichen Rechtes, schon der bloße Bestellungsvertrag genügt. Nur dann bedarf es für den Erwerber der Servitut noch einer besonderen s. g. quasi traditio juris, wenn er sich die publiciana actio verschaffen will.[1])

Ferner können Servituten auch durch testamentarische Ver-

[1]) S. §. 109.

fügungen bestellt werden; was besonders häufig bei den Personalservituten der Fall war. Desgleichen durch Adjudication, unter denselben Voraussetzungen, wie bei der Eigenthumserwerbung.[1])

Auch durch Ersitzung kann eine Servitut neu begründet werden. Nur ist damit nicht zu verwechseln der Fall, wenn Jemand ein Grundstück zum Eigenthume ersitzt. Denn, obgleich er dann allerdings, eo ipso, immer schon von selbst auch die diesem Grundstücke bisher zustehenden Servituten mit erwirbt, so ist das doch keine Ersitzung der Servituten, als solcher, sondern nur des Grundstückes, und die diesem zustehenden Servituten theilen nur, als Accessionen, von selbst und stillschweigend das juristische Schicksal des ersessenen Grundstückes selbst. Ob aber eine Servitut auch als ein selbstständiges Recht für sich ersessen werden könne, war, wie es scheint, lange zweifelhaft, schon deßhalb, weil die Servitut, als unkörperliche Sache, nicht besessen werden kann. Zwar versuchte man es in der älteren Zeit, die Grundsätze der gewöhnlichen usucapio, wie sie von jeher für das Eigenthum bestimmt waren, auch auf die Servituten anzuwenden. Allein eine lex Scribonia aus unbekannter Zeit verbot auch dieses, ohne daß wir irgend etwas Genaueres davon wissen, namentlich in wie weit das Verbot auch die Usucapion von servitus urbanae betraf. Dafür hat sich jedoch allmählig, durch das prätorische Recht, in der longa quasi possessio, oder dem diuturnus usus, eine neue, auf alle Servituten anwendbare und diesen ganz eigenthümliche Art der Ersitzung gebildet. Sie beruht auf dem Grundsatze, daß, wer, auf eine an sich fehlerlose Weise, nec vi, nec clam, nec precario in die quasi possessio einer ihm an sich nicht gebührenden Servitut gekommen und dieselbe per longum tempus als Recht ungestört ausgeübt hat, dadurch in die Lage kommen solle, als habe er damit auch das Recht der Servitut selbst erworben.

Endlich kann eine Servitut, wenigstens der ususfructus, zuweilen schon ipso jure, von selbst, in Gemäßheit einer gesetzlichen Vorschrift, erworben werden. Beispiele davon, wenngleich nur aus dem neueren römischen Rechte, werden weiter unten bei-

[1]) S. oben §. 95.

läufig bei anderen Lehren, besonders des Familienrechtes, womit sie zusammenhängen, vorkommen.

II. Was das Ende der Servituten betrifft, so erlöschen sie, aus allgemeinen Gründen einer inneren Nothwendigkeit, wie alle jura in re, durch den Untergang ihres Objectes, die Personalservituten sogar schon durch gänzliche Umgestaltung der servitutpflichtigen Sache; ferner, wie alle jura in re aliena, durch confusio, d. h. dadurch, daß die bisher servitutpflichtige Sache aufhört, in ihrem Verhältnisse zu dem bisherigen Servitutinhaber, eine fremde zu sein.

Außerdem erlöschen die Servituten aber auch auf gewisse, ihnen ganz eigenthümliche Arten. Dahin gehört der Untergang des servitutberechtigten Subjectes, bei Personalservituten der Tod, oder capitis deminutio der bestimmten Person, bei Realservituten der Untergang des bisher berechtigten Grundstückes. Es ist das eine consequente Folge des Satzes, daß jede Servitut, ihrer Fortdauer nach, unzertrennlich an ihr ursprünglich berechtigtes Subject geknüpft ist. Ferner geht sie verloren durch den non usus, d. h. dadurch, daß sie per longum tempus gar nicht, auch nicht ein einziges Mal ausgeübt worden ist. Nur muß, bei servitutes praediorum urbanorum, noch eine besondere usucapio libertatis damit verbunden werden. Es muß nämlich der Eigenthümer des servitutpflichtigen Gebäudes die Freiheit, die libertas desselben, dadurch in Anspruch genommen haben, daß er, durch die Vornahme eines besonderen, positiven Factums, sein Gebäude in einen solchen Zustand versetzt hat, welcher, so lange er besteht, die Ausübung der bisherigen Servitut daran geradezu unmöglich macht. Beruhigt sich dabei der bisherige Servituteninhaber die Ersitzungszeit hindurch, so ist dadurch die libertas des Gebäudes von der Servitut durch Usucapion von neuem erworben. Die Personalservituten der habitatio und der operae servorum gehen durch non usus gar nie verloren.

Jura praediorum urbanorum in jure tantum cedi possunt; rusticorum vero etiam mancipari possunt.

Ususfructus in jure cessionem tantum recipit. —

Sed haec scilicet in Italicis praediis ita sunt, quia et ipsa praedia mancipationem et in jure cessionem recipiunt. Alioqui in provincialibus praediis, sive quis usumfructum, sive jus eundi, agendi, aquamve ducendi, vel altius tollendi aedes, aut non tol-

lendi, ne luminibus vicini officiatur ceteraque similia jura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest; quia ne ipsa quidem praedia mancipationem, aut in jure cessionem recipiunt. Gaius II. §. 29—31.

Sine testamento vero, si quis velit usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id effecre debet. §. 1. Inst. II, 4. de usufructu.

Hoc jure utimur, ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum aedificiis possint. Ulpian. in fr. 10. §. 1. D. XLI, 3. de usurpationibus et usucap.

Si quis diuturno usu et longa quasi possessione jus aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse, docere de jure, quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se, non vi, non clam, non precario possedisse. Ulpian. in fr. 10. pr. D. VIII, 5. si servitus vindicetur.

Finitur autem usufructus morte fructuarii et duabus capitis deminutionibus, maxima et media, et non utendo per modum et tempus. §. 3. Inst. II, 4. de usufructu.

Haec autem jura (praediorum urbanorum) similiter, ut rusticorum quoque praediorum, certo tempore, non utendo pereunt; nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnino pereunt non utendo, sed ita, si vicinus simul libertatem usucapiat. Veluti si aedes tuae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiatur, et ego per statutum tempus fenestras meas perfixas habuero, vel obstruxero, ita demum jus meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatas habueris; alioqui, si nihil novi feceris, retineo servitutem. Item, si tigni immissi aedes tuae servitutem debent, et ego exemero tignum, ita demum amitto jus meum, si tu foramen, unde exemtum est tignum, obturaveris et per constitutum tempus ita habueris. Alioqui, si nihil novi feceris, integrum jus meum permanet. Gai. in fr. 6. D. VIII, 2. de servitutibus praed. urban.

§. 109.

Klagen zum Schutze der Servitut, oder zum Schutze der Freiheit gegen angemaaßte Servituten.

Dig. lib. VII. tit. 6. si ususfructus petatur, vel ad alium pertinere negetur. — Dig. lib. VIII. tit. 5. si servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur.

Was die rei vindicatio für das Eigenthum, das ist für die Servitut, als petitio, vindicatio servitutis, die confessoria actio, bestimmt zum Schutze des dinglichen Rechtes aus der Servitut.

Sie steht dem Servitutberechtigten zu gegen Jeden, es sei das nun der Eigenthümer der servitutpflichtigen Sache, oder ein anderer Dritter, welcher die Servitut widerrechtlich stört, es geschehe dieses nun dadurch, daß er sie ganz, oder theilweise ableugnet, oder dadurch, daß er nur sonst, mehr oder weniger, ihre Ausübung factisch hindert. Gerichtet ist sie, ihrem Zwecke nach, auf vollständige Anerkennung der von dem Kläger behaupteten Servitut, demgemäß auf Unterlassung jeder ferneren Störung und Ersatz des etwa schon durch die bisherige Störung verursachten Schadens. Natürlich muß der Kläger, ganz dem Wesen der Servitut, als einer Beschränkung des regelmäßig freien Eigenthumes, gemäß, wenigstens dem Eigenthümer der servitutpflichtigen Sache gegenüber, nöthigenfalls den Beweis der ihm, für seine Person, oder bei Realservituten seinem Grundstücke zustehenden Servitut führen. Dazu gehört, wenn sich der Kläger auf vertragsmäßige Bestellung der Servitut beruft, auch der Beweis, daß der Besteller der wirkliche Eigenthümer der Sache war. Sollte sich indessen auch dieser letztere Umstand nicht beweisen lassen, so kann sich doch der Servitutinhaber, wenn er auf rechtliche Weise, mit Bewilligung des Bestellers, in die quasi possessio der Servitut gekommen ist, zu seinem Schutze der prätorischen publiciana in rem actio bedienen; aber freilich nur dem Nichteigenthümer der Sache gegenüber.

Umgekehrt steht dem Eigenthümer, zum Schutze seines freien Eigenthumes gegen widerrechtlich von Anderen daran angemaaßte Servituten, die negatoria actio zu, auf Anerkennung der Freiheit des Eigenthumes. Eben deßhalb ist diese Negatorienklage, obgleich sie im römischen Rechtssysteme, aus leicht zu erklärenden Gründen, bei Gelegenheit der Servituten, in Verbindung mit der confessorischen Klage abgehandelt wird, ihrer Grundlage nach, keine Servitutenklage, sondern eine reine Eigenthumsklage. In dieser Richtung und Beziehung ist sie denn auch schon oben[1]) abgehandelt worden.

De servitutibus in rem actiones competunt nobis, (ad exemplum earum, quae ad usumfructum pertinent,) tam confessoria, quam negatoria; confessoria ei, qui servitutes sibi competere contendit, negatoria domino, qui negat.

---

[1]) S. §. 102.

Haec autem in rem actio confessoria nulli alii, quam domino fundi competit; servitutem enim nemo vindicare potest, quam is, qui dominium in fundo vicino habet, cui servitutem dicit deberi. Ulpianus in fr. 2. pr. et §. 1. D. VIII, 5. si servitus vindicetur.

Agi autem hac actione poterit non tantum cum eo, in cujus agro aqua oritur, vel per cujus fundum ducitur, verum etiam cum omnibus agi poterit, quicunque aquam ducere impediunt, exemplo ceterarum servitutum. Et generaliter quicunque aquam ducere impediat, hac actione cum eo experiri potero. Ulpianus in fr. 10. §. 1. D. eod.

Aeque, si agat quis, jus sibi esse, fundo forte, vel aedibus utendi fruendi, vel per fundum vicini eundi, agendi, vel ex fundo vicini aquam ducendi: in rem actio est. Ejusdem generis est actio de jure praediorum urbanorum; veluti si quis agat, jus sibi esse, altius aedes suas tollendi prospiciendive, vel projiciendi aliquid, vel immittendi tignum in vicini aedes. Contra quoque de usufructu et de servitutibus praediorum rusticorum, item praediorum urbanorum invicem quoque proditae sunt actiones; ut, si quis intendat, jus non esse adversario utendi fruendi, eundi, agendi, aquamve ducendi, item altius tollendi prospiciendive, vel projiciendi immittendive: istae quoque actiones in rem sunt, sed negativae. Quod genus actionum in controversiis rerum corporalium proditum non est. Nam in his agit, qui non possidet; ei vero, qui possidet, non est actio prodita, per quam neget, rem actoris esse. §. 2. Inst. IV. 6. de action.

Zweiter Titel.

Von der emphyteusis und superficies.

§. 110.

Uebergang.

Dig. lib. VI. tit. 3. si ager vectigalis, id est emphyteuticarius petatur. — Dig. lib. XLIII. tit. 8 de superficiebus. — Cod. lib. IV, tit. 66. de jure emphyteutico.

Wir finden im neueren römischen Rechte, unter dem Namen emphyteusis und superficies, zwei jura in re aliena, welche viel Aehnlichkeit mit einander haben. Beide sind nämlich hervorgegangen aus an sich blos obligatorischen Verhältnissen eines Mieth-, Pacht- oder ähnlichen Contractes, welchen aber das Civil- oder prätorische Recht eine Wirkung nicht blos, wie es die Regel mit sich bringt, unter den Contrahenten, sondern

auch Dritten gegenüber, also den Charakter eines jus in re eingeräumt hat. Dennoch sind beide, sowohl in geschichtlicher, als in anderer Beziehung, verschieden und daher scharf auseinander zu halten. Beide haben ferner das Gemeinschaftliche, daß sie, ihrem Inhalte und Umfange nach, namentlich in Beziehung auf die in ihnen liegenden ausgedehnten Befugnisse an der Sache, und auf die ihnen gesetzlich zugesicherten Schutzmittel und Klagen, sich am nächsten an das Eigenthumsrecht anschließen. Nichts desto weniger schreibt ihnen das römische Recht entschieden blos den Charakter von jura in re aliena zu.

§. 111.

Die emphyteusis insbesondere.

Sie ist civilrechtlichen Ursprunges, hervorgegangen aus einer, durch neuere kaiserliche Constitutionen bewirkten Verschmelzung zweier älterer, bisher getrennter Rechtsinstitute. Das älteste derselben war das jus in agro vectigali, welches derjenige hatte, dem Grundstücke von Städten, oder gewissen religiösen Corporationen, Collegien zum Erbpachte verliehen worden waren. Dazu kam späterhin, offenbar als eine Nachbildung davon, das jus in agro patrimoniali, s. emphyteuticario, welches auf einer ähnlichen Verleihung fiscalischer, oder kaiserlicher Grundstücke zum Erbpachte beruhte. Die ursprüngliche Verschiedenheit beider Rechtsverhältnisse, welche mit der Verschiedenheit der Verleiher und zum Theil auch der Verleihungsbedingungen zusammenhing, verlor sich allmählig, und zuletzt konnten nicht blos der Kaiser, die Städte und gewisse Corporationen, sondern auch einzelne Privaten Ländereien in ähnlicher Weise zum Erbpachte, oder, wie es jetzt allgemein genannt wurde, zum jus emphyteuticum, zur emphyteusis hingeben.

Die Grundlage dieses so ausgebildeten Emphyteutrechtes bildet der Verleihungsvertrag, durch dessen Bedingungen der Inhalt des Rechtsverhältnisses für jeden einzelnen Fall genauer bestimmt wurde. Denn die Emphyteusis entsteht ja eben zunächst dadurch, daß der Eigenthümer sein, zum Fruchtertrage bestimmtes Grundstück, ohne das Eigenthum daran aufzugeben, einem Anderen, welcher dann in dieser Beziehung emphyteuta heißt, vertragsmäßig zu einem sehr ausgedehnten dinglichen Rechte daran, je-

doch gegen die Verpflichtung eines jährlich davon zu entrichtenden Grundzinses, überträgt. Ein solcher Verleihungsvertrag näherte sich nun, seiner Form und seinem Inhalte nach, in gewissen Beziehungen sehr bedeutend dem Kaufcontracte, in gewissen anderen dem Pachtcontracte. Deßhalb wurde er auch von einigen römischen Juristen geradezu für eine emtio venditio erklärt, während Andere ihn als eine locatio conductio angesehen wissen wollten. Er fällt aber, genauer betrachtet, mit keinem dieser beiden Contracte ganz zusammen. Das veranlaßte den Kaiser Zeno, daraus einen ganz eigenthümlichen, selbstständig für sich bestehenden Vertrag zu bilden, welcher hiernach auch weder emtio venditio, noch locatio conductio heißt, sondern den Namen contractus emphyteuticarius führt. Da indessen dieser von Zeno neu geschaffene Vertrag jedenfalls aus den Grundsätzen von zwei entschiedenen Consensualcontracten zusammengesetzt ist, so gilt er ebenfalls für einen Vertrag, der regelmäßig schon durch einfache Vereinbarung klagbar wird. Nur dann bedarf es dazu einer schriftlichen Contractsurkunde, wenn darin mit voller Wirksamkeit Punkte verabredet werden sollen, welche Abweichungen von den allgemeinen Regeln der Emphyteusis enthalten.

Mit dieser eigenthümlichen Natur des emphyteuticarischen Contractes hängt nun zusammen das Wesen und das Rechtsverhältniß der dadurch begründeten Emphyteusis. Daher ihr mit der Natur eines bloßen Pachtcontractes unverträglicher Charakter eines dinglichen, möglicherweise selbst in perpetuum verliehenen Rechtes. Darum erklären sich ferner die sehr weit gehenden Berechtigungen, welche dem Emphyteuta an dem fremden, ihm verliehenen Grundstücke zustehen, so wie umgekehrt die mancherlei besonderen Beschränkungen, denen er, dem Verleiher, dem dominus emphyteuseos gegenüber, unterworfen bleibt, weder rein aus einem Kaufcontracte, noch rein aus einem Pachtcontracte, sondern weisen eben auf eine eigenthümliche Mischung der Grundsätze von beiden hin. Denn der emphyteuta erhält nicht blos das Recht auf vollständige, ausschließliche Benutzung und Innehabung des fremden, ihm verliehenen, emphyteuticarischen Grundstückes, sondern auch zugleich den juristischen Besitz daran, erwirbt daher auch die Früchte davon schon durch bloße

Separation derselben, ohne der Perception zu bedürfen.[1]) Es ist ferner sein Recht ein dingliches, indem ihm, zu seinem Schutze gegen Dritte, in rem actiones, nämlich utiliter die rei vindicatio und alle sonstigen Klagen des Eigenthümers gestattet sind. Er vererbt endlich sein Emphyteutrecht und kann es auch sonst, nur freilich blos unbeschadet der Rechte des dominus emphyteuseos daran, nach Belieben durch Veräußerung auf Andere übertragen. Denn die Emphyteusis ist nicht, wie die Servitut, streng und unzertrennlich an ihr ursprünglich berechtigtes Subject geknüpft. Dafür muß aber auch umgekehrt der Emphyteuta contractmäßig gewisse Verbindlichkeiten, in Beziehung auf das Grundstück, übernehmen. Unter diesen letzteren erscheinen besonders folgende darum charakteristisch, weil sie, in ihrer Allgemeinheit, niemals fehlen dürfen, wo von einer wahren Emphyteusis die Rede ist, während manche andere mehr blos von der besonderen individuellen Verabredung abhängen und daher eine mehr zufällige Natur haben. Die eine ist die Verpflichtung des Emphyteuta, dem dominus emphyteuseos eine jährliche, ständige Abgabe, den canon, das vectigal zu bezahlen. Eine andere ist die Verbindlichkeit, das Grundstück nicht schlechter werden und in Verfall gerathen zu lassen. Endlich die Verpflichtung des Emphyteuta, wenn er seine Emphyteusis veräußern will, dem Grundeigenthümer zuvor davon Anzeige zu machen, und den Vorkauf, das jus protimiseos, zu lassen. Die Versäumung auch nur einer dieser Hauptpflichten giebt daher auch dem dominus die Befugniß, dem ganzen jus in re aliena ein Ende zu machen. Er kann nämlich dann den bisherigen Emphyteuta ohne weiteres von dem ihm verliehenen Gute wieder entsetzen, und zwar in der Strenge, daß der Vertriebene nicht ein Mal für die von ihm gemachten Verbesserungen des Gutes, emponemata, Ersatz fordern kann. Jus expellendi.

Agri civitatum alii vectigales vocantur, alii non. Vectigales vocantur, qui in perpetuum locantur, id est hac lege, ut tamdiu pro illis vectigal pendatur, quamdiu neque ipsis, qui conduxerint, neque his, qui in locum eorum successerunt, auferri eos liceat. Non victigales sunt, qui ita colendi dantur, ut privatim agros nostros colendos dare solemus.

[1]) S. oben §. 97.

Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit, competere eis in rem actionem adversus quemvis possessorem, sed et adversus ipsos municipes. Ita tamen, si vectigal solvant.

Idem est, si ad tempus habuerint conductum, nec tempus conductionis finitum sit. Paul. in fr. 1—3. D. VI, 3. si ager vectigal.

Adeo autem aliquam familiaritatem inter se videntur habere emtio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emtio et venditio contrahatur, an locatio et conductio? Ut ecce, de praediis, quae perpetuo quibusdam fruenda traduntur: id est, ut quamdiu pensio sive reditus pro his domino praestetur, neque ipsi conductori, neque heredi ejus, cuive conductor heresve ejus id praedium vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliove quocunque modo alienaverit, auferre liceat. Sed talis contractus, quia inter veteres dubitabatur, et a quibusdam locatio, a quibusdam venditio existimabatur, lex Zenoniana lata est, quae emphyteuseos contractus propriam statuit naturam, neque ad locationem, neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam. §. 3. Inst. III, 25. de locat. et conductione.

§. 112.

Die superficies insbesondere.

Die superficies, als Recht, unterscheidet sich von der emphyteusis theils durch ihren Inhalt, theils schon dadurch, daß sie prätorischen Ursprunges ist. Sie entsteht aus einem Vertrage, wodurch der Grundeigenthümer seinen Bauplatz, oder sein schon stehendes Stockwerk einem Anderen zu dem Zwecke überläßt, um darauf ein Gebäude, oder neues Stockwerk aufzuführen und dasselbe in perpetuum, oder wenigstens auf lange Zeit, als superficies inne zu haben. Dieses Gebäude verbleibt dann zwar, nach seiner Errichtung, ganz den allgemeinen Regeln von der Eigenthumserwerbung gemäß, jure accessionis, dem Eigenthume nach, dem Grundherrn. Aber der superficiarius erhält doch, auf die ihm vertragsmäßig gestattete Zeitdauer, für sich und seine Erben nicht blos ein persönliches Forderungsrecht gegen den Grundeigenthümer, als den Contrahenten, sondern auch zugleich ein dingliches Recht gegen dritte Personen, auf vollständige Benutzung des Gebäudes. Dieses sein Recht heißt nun, wie auch das aufgeführte Gebäude selbst, super-

ficies. Allerdings beruht es, auf eine ähnliche Weise, wie die emphyteusis, auf einem Vertrage. Dieser letztere hat aber weder einen so bestimmten Namen, noch eine so bestimmte selbstständige Natur, wie der contractus emphyteuticarius. Er kann vielmehr sehr verschiedener Art, namentlich bald Kauf, bald Miethe, bald Schenkung sein. Aus dem näheren Inhalte dieses Vertrages erklären sich denn auch die mancherlei Modificationen, unter welchen die superficies vorkommen kann, indem der superficiarius für das ihm verliehene Recht bald, als Miethgeld, eine jährlich wiederkehrende Abgabe, solarium, oder pensio, bald nur ein einziges Mal, bei der Erwerbung, ein Kaufgeld, bald endlich gar nichts dafür zu bezahlen hat, während eine solche jährliche Abgabe zum Wesen der Emphyteusis gehört. Zum Schutze seines Rechtes gewährt der Prätor dem Superficiar theils eine in rem actio, die utilis rei vindicatio, theils ein besonderes interdictum de superficie.

Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sunt: quarum proprietas et civili et naturali ratione ejus est, cujus et solum. Gai. in fr. 2. D. XLIII, 18. de superfic.

Quod ait praetor: si actio de superficie postulabitur, causa cognita, dabo, sic intelligendum est, ut, si ad tempus quis superficiem conduxerit, tuetur et in rem actio. Et sane, causa cognita, ei, qui non ad modicum tempus conduxit superficiem, in rem actio competit. Ulpian. in fr. 1. §. 3 et 4. D. ibid.

Dritter Theil.

Von dem Pfandrechte.

§. 113.

Geschichtliche Einleitung.

Pfandrecht heißt dasjenige dingliche Recht, welches, seiner Grundlage, seinem Zwecke und Gegenstande nach, einem Gläubiger, zur Sicherung seiner Forderung, an einer fremden Sache eingeräumt ist, und, seinem wesentlichen Inhalte nach, darin besteht, daß der Berechtigte, der Pfandgläubiger, jene fremde Sache nöthigenfalls verkaufen und sich aus ihrem Erlöse bezahlt machen darf. Es erscheint als das einfachste, zweckmäßigste Mittel, um demjenigen, welcher für sich selbst, oder für einen Anderen

Credit sucht, solchen mittelst einer, ihm gehörigen, oder doch wenigstens sonst seiner freien Dispositions- und Alienationsbefugniß unterworfenen Sache, zu verschaffen, ohne schon jetzt das Eigenthum daran aufgeben zu müssen. Denn die Verpfändung geschieht schon durch bloße vorläufige Hingabe, oder Anweisung der Sache an den Gläubiger, zum Zwecke einer künftigen Befriedigung daraus.

Dergleichen besondere Sicherungsmittel waren nach älterem römischen Rechte um so nothwendiger und wünschenswerther für den Gläubiger, weil er, wegen der Eigenthümlichkeit des ältesten Executionsverfahrens, in der Regel sich gar nicht unmittelbar an das Vermögen seines Schuldners halten konnte, sondern ihm nur die Person, als solche, freilich mit großer Strenge, haftete; einer Strenge, die gewiß oft auch für den Gläubiger selbst, dem sie dienen sollte, etwas sehr Unbequemes und Peinliches enthalten mußte. Indessen, selbst nachdem eine Execution in das Vermögen des Schuldners möglich geworden, blieb immer noch das Bedürfniß eines einfacheren, durch Sachen gegebenen Sicherungsmittels für den Gläubiger, als ihm die erst bei der Obrigkeit auszuwirkende missio in possessionem zu gewähren vermochte. Dennoch hat sich das Pfandrecht, in seiner vollständigen Gestaltung, erst ziemlich spät bei den Römern ausgebildet.

Früherhin mußte derjenige, welcher durch seine Sache Credit suchte, sich mancher künstlicher Mittel und Umwege bedienen, um dadurch dem Gläubiger eine reelle Sicherheit zu verschaffen. Dahin gehörte besonders das unmittelbare, sofortige Hingeben einer Sache an den Creditor zum vollen Eigenthume, das Mancipiren, oder in jure Cediren, sub lege remancipationis, oder sub fiducia, d. h. mit der Verabredung, daß die Sache dem Mancipanten vom Gläubiger wieder zum Eigenthume zurückübertragen werden sollte, sobald Letzterer rechtzeitig seine Befriedigung erhielte. Auch die zu diesem Zwecke hingegebene Sache selbst hieß fiducia. Es hatte indessen eine solche Maaßregel, auch ganz abgesehen von ihrer sonstigen Unbequemlichkeit, schon das wider sich, daß sie zwar dem Gläubiger Sicherheit gewährte, aber umgekehrt den Schuldner nicht gegen widerrechtlichen Verlust seiner Sache, durch treulose, die fiducia nicht achtende Handlungen des Gläubigers, genügend sicher stellte. Damit hing denn auch die usureceptio zusammen, als eine besondere Art

von Ersitzung, deren der Schuldner zuweilen bedurfte, um das Eigenthum an seiner Sache wiederzuerklangen.

Ziemlich bald bildete sich nun freilich der Begriff eines eigentlichen Verpfändens, Versetzens (pignus, oppignerare, so benannt von pugnus,) durch das wirkliche Hingeben einer Sache an den Creditor, mit der ihm eingeräumten Befugniß, die Sache bis zu seiner Befriedigung zu besitzen und nöthigenfalls späterhin, zum Zwecke der Geltendmachung seiner obligatio, zu verkaufen. Am frühesten kam so etwas vor in Form der pignoris capio, eines Auspfändens des Schuldners, als eines Zwangs- und Executionsmittels.[1]) Sehr nahe lag dann die Idee, ein solches pignus auch durch vertragsmäßiges Hingeben einer Sache an den Gläubiger entstehen zu lassen. Allein, da dieses Besitzrecht, das der Gläubiger an der ihm in Versatz gegebenen Sache erhielt, nur auf einem obligatorischen Verhältnisse zwischen ihm und dem Verpfänder beruhte, und durch keine in rem actio, auch Dritten gegenüber, geschützt wurde, so gewährte es dem Gläubiger auch keine dauernde, vollständige Sicherheit, wenn er den Besitz der Pfandsache an einen Dritten verlor.

Den ersten Schritt zur Begründung eines solchen dinglichen Pfandrechtes that der Prätor, indem er, wenigstens für einen bestimmten Fall, dem Pfandgläubiger, unter dem Namen einer Serviana actio, eine dingliche Klage gegen jeden Besitzer der Pfandsache, auf Herausgabe derselben, zum Zwecke der Pfandausübung daran, gestattete. Späterhin wurde diese Klage, als quasi Serviana actio, weiter ausgedehnt, und so erhielt das Pfandrecht überhaupt einen dinglichen Charakter. Seitdem ist ein jedes wahres Pfandrecht durch eine in rem actio geschützt, welche die actio hypothecaria heißt. Mit ihr kann der Pfandgläubiger die ihm verpfändete Sache von jedem dritten Besitzer vindiciren, um sein Pfandrecht, nach allen Seiten hin, daran geltend zu machen und auszuüben. Dadurch wurde denn auch erst die Möglichkeit einer den Gläubiger sichernden hypotheca gegeben, d. h. eines wirksamen Pfandrechtes, durch bloße Bestimmung, Anweisung der Sache zum Pfande, ohne daß der Gläubiger sofort in den Besitz der Pfandsache gesetzt wird.

Qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit, vel in jure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere anno com-

[1]) S. oben §. 64.

pleto, etsi soli sit. Quae species usucapionis dicitur usureceptio, quia id, quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem.

Sed quum fiducia contrahitur, aut cum creditore pignoris jure, aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum essent, siquidem cum amico contracta est fiducia, sane omnimodo competit usureceptio; si vero cum creditore, soluta quidem pecunia, omnimodo competit, nondum vero soluta, ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor, neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret; quo casu lucrativa usucapio competit. Gaius Comm. II. §. 59—61.

Item inter pignus et fiduciam et hypothecam hoc interest. Pignus est enim, quod propter rem creditam obligatur, cujusque rei possessionem solam ad tempus consequitur creditor. Fiducia est, cum res aliqua, sumendae mutuae pecuniae gratia, vel mancipatur, vel in jure ceditur. Hypotheca est, cum res aliqua commodatur sine depositione pignoris, pacto vel cautione sola interveniente. Isidori Origin. Lib. V. cap. 25.

Item Serviana et quasi Serviana (quae etiam hypothecaria vocatur,) ex ipsius praetoris jurisdictione substantiam capiunt. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur. Quasi Serviana autem est, qua creditores pignora hypothecasve persequuntur. §. 7. Inst. IV, 6. de action.

Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, quum non transit, nec possessio ad creditorem. Ulpian. in fr. 9. §. 2. D. XIII, 7. de pign. act.

§. 114.

Allgemeine Voraussetzungen eines jeden Pfandrechtes.

Dig. lib. XX. tit. 1. de pignoribus et hypothecis. tit. 2. in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur. tit. 3. quae res pignori vel hypothecae datae obligari non possunt. — Cod. lib. VIII. tit. 14. de pignoribus et hypothecis. tit. 15. in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur. tit 17. quae res pignori obligari possunt, vel non, et qualiter pignus contrahatur. tit. 22. de praetorio pignore. tit. 24. si in causa judicati pignus captum sit.

Seit ſeiner völligen Ausbildung kann nun das Pfandrecht in drei verſchiedenen Geſtaltungen vorkommen, als pignus im engeren Sinne, als pignus praetorium und als hypotheca. Dieſe unterſcheiden ſich zwar allerdings weſentlich, theils in Rückſicht des Beſitzverhältniſſes, in welches dadurch der Pfandgläubiger zu der Pfandſache kommt, theils in manchen anderen wichtigen Beziehungen, ihrer Entſtehung und Erlöſchung. Aber ſie treffen dennoch alle, ſo wie in gewiſſen gemeinſamen

Wirkungen, eben so in gewissen gemeinsamen Voraussetzungen zusammen.

Es setzt nämlich jedes Pfandrecht vor Allem voraus, als wesentliche Grundlage, das Dasein einer im Allgemeinen rechtsgültigen Forderung, obligatio, sei sie auch nur eine naturalis obligatio, welche dem Pfandberechtigten, der deßhalb auch eben der Pfandgläubiger, creditor, heißt, entweder gegen den Verpfänder, oder wenigstens gegen einen Anderen zusteht. Diese Forderung soll eben durch das Pfandrecht gesichert werden. Da ohne die Grundlage einer solchen Forderung, zu der es hinzuzutreten bestimmt ist, ein Pfandrecht gar nicht gedacht werden kann, so erscheint letzteres insofern als ein accessorisches Recht.

Als Gegenstand setzt ferner das Pfandrecht voraus eine Sache, woran es zustehen soll. Diese kann zwar, wenigstens nach der späteren, freieren Entwickelung des Pfandrechtes, namentlich seit der Ausbildung der hypotheca, nicht blos eine körperliche, sondern auch eine unkörperliche Sache sein. Immer aber muß sie, dem eigenthümlichen Zwecke des Pfandrechtes gemäß, theils eine dem Gläubiger fremde, theils eine solche sein, welche veräußert, und durch ihren Verkauf pecuniär verwerthet werden kann. Unter diesen Voraussetzungen können sowohl einzelne Sachen, als auch das ganze Vermögen des Pfandschuldners, omnia bona, dem Pfandnexus unterworfen sein. Doch ist ein solches Generalpfandrecht, der Natur der Sache nach, nur in Form des pignus praetorium und der hypotheca, nicht aber auch in Form des pignus im engeren Sinne denkbar.

Endlich setzt auch noch jedes Pfandrecht einen rechtlichen Entstehungsgrund, obligatio rei, in diesem Sinne des Wortes, voraus. Ein solcher Entstehungsgrund liegt nun sehr oft in der vertragsmäßigen Bestellung des Pfandrechtes, von Seiten des Eigenthümers, und so kann sowohl das eigentliche pignus begründet werden, nämlich durch den contractus pignoris, als auch eine bloße hypotheca, nämlich durch das pactum hypothecae. An dieses Conventionalpfandrecht schließt sich dann zunächst das testamentarisch begründete Pfandrecht an. Aber auch durch richterliche Verfügung kann ein Pfandrecht entstehen, theils durch adjudicatio, unter denselben Voraussetzungen, unter welchen sie neues Eigenthum begründet, theils

in Gemäßheit einer, dem Gläubiger ertheilten missio in possessionem. Denn, wenn der Richter einen Gläubiger in das ganze Vermögen, oder in einzelne Sachen des Schuldners einweist, und der so Eingewiesene, in Gemäßheit des richterlichen Einweisungsdecretes, sich wirklich in Besitz setzt, so erlangt er dadurch an diesen Sachen ein Pfandrecht. Dieses letztere hat dann aber immer die Natur eines pignus praetorium. Gewissermaaßen gehört dahin auch namentlich, wenngleich durchaus nicht allein, das pignus in causa judicati captum, die gerichtliche Auspfändung des Schuldners, als Executionsmittel. Endlich entsteht auch, besonders im neuesten römischen Rechte, oft ein Pfandrecht ipso jure, schon ganz von selbst, d. h. als stillschweigende Folge des Eintretens gewisser Verhältnisse und Umstände. Dergleichen gesetzliche, stillschweigende Pfandrechte sind aber freilich immer nur hypothecae im engeren Sinne des Wortes.

Inter pignus autem et hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam attinet, nihil interest. Nam, de qua re inter creditorem et debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur. Sed in aliis differentia est. Nam pignoris appellatione eam proprie rem contineri dicimus, quae simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit; at eam, quae sine traditione nuda conventione tenetur, proprie hypothecae appellatione contineri dicimus. §. 7. Inst. IV, 6. de action.

Pignus appellatum a pugno; quia res, quae pignori dantur, manu traduntur, unde etiam videri potest verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui. Gaius in fr. 238. §. 1. D. L, 16. de verb. sign.

Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacunque obligatione, sive mutua pecunia detur, sive dos, sive emtio vel venditio contrahatur, vel etiam locatio et conductio, vel mandatum, et sive pura est obligatio, vel in diem, vel sub conditione, et sive in praesenti contractu, sive etiam praecedat; sed et futurae obligationis nomine dari possunt, sed et non solvendae omnis pecuniae causa, verum etiam de parte ejus, et vel pro civili obligatione, vel honoraria, vel tantum naturali. Marcianus in fr. 5. pr. D. XX, 1. de pignor. et hypothec.

Dare autem quis hypothecam potest, sive pro sua obligatione, sive pro aliena. Idem in fr. 5. §. 2. D. eod.

Contrahitur hypotheca per pactum conventum, cum quis paciscitur, ut res ejus propter aliquam obligationem sint hypothecae nomine obligatae. Gaius in fr. 4. D. eod.

Pignus contrahitur non solum traditione, sed etiam nuda con-

ventione, etsi non traditum est. Ulpianus in fr. 1. pr. D. XIII, 7. de pigneraticia actione.

Non est mirum, si ex quacunque causa magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui, cum testamento quoque pignus constitui posse, Imperator noster cum patre saepissime rescripsit. Sciendum tamen, ubi jussu magistratus pignus constituitur, non alias constitui, nisi ventum fuerit in possessionem. Ulpianus in fr. 26. pr. et §. 1. D. XIII, 7. de pigneraticia actione.

In praediis rusticis fructus, qui ibi nascuntur, tacite intelliguntur pignori esse domino fundi locati, etiam si nominatim id non convenerit. Pompon. in fr. 7. pr. D. XX, 2. in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur.

Et, ut plenius dotibus subveniatur, quemadmodum in administratione pupillarium rerum et in aliis multis juris articulis tacitas hypothecas inesse accipimus: ita in hujusmodi actione damus ex utroque latere hypothecam, sive ex parte mariti, pro restitutione dotis, sive ex parte mulieris, pro ipsa dote praestanda, vel rebus dotalibus evictis. Justinianus in c. un. §. 1. C. V, 13. de rei uxoriae actione.

§. 115.

Inhalt des Pfandrechtes.

Dig. lib. XX. tit. 5. de distractione pignorum et hypothecarum. Cod. lib. VIII. tit. 28. de distractione pignorum. tit. 34. de jure dominii impetrando. tit. 35. de pactis pignorum et de lege commissoria in pignoribus rescindenda.

Dasjenige, was den Hauptinhalt des Pfandrechtes bildet, ist die Befugniß des Pfandgläubigers, die Pfandsache nöthigenfalls zu verkaufen und sich aus ihrem Erlöse, wegen der Pfandforderung, bezahlt zu machen. Es liegt dieses jus vendendi s. distrahendi, seit der vollständigen Entwickelung des Pfandrechtes, so tief in dem Wesen dieses letzteren begründet, daß es, ohne Zerstörung seines Begriffes, gar nicht fehlen kann. Nur freilich darf der Gläubiger blos zur Befriedigung seiner eigentlichen Pfandforderung die Pfandsache verkaufen, nicht auch zur Befriedigung anderer, ihm etwa noch sonst gegen denselben Pfandschuldner zustehender Forderungen. Denn, wegen letzterer darf er höchstens, wenn er sich im Besitze der Sache befindet, das, vom Pfandrechte ganz verschiedene, Retentionsrecht ausüben. Dagegen haftet aber auch, nach dem Grundsatze: pignoris causa est individua, die Pfand-

sache unbedingt und ihrem vollen Umfange nach, ganz für jeden, selbst den geringsten Theil der eigentlichen Pfandforderung. Auf keinen Fall darf jedoch der Pfandgläubiger zu der Veräußerung der Pfandsache schreiten, bevor die Schuld, wenigstens ein Theil derselben, fällig ist. Ob er dann sofort den Verkauf vornehmen darf, und in welcher Art und Form dieses geschehen muß, das hängt zunächst von der deßhalb unter den Verpfändungsinteressenten getroffenen, besonderen Verabredung ab. In Ermangelung dieser letzteren, schreiben die Gesetze dem Pfandgläubiger das dabei zu beobachtende Verfahren genau vor, und es wird der veräußernde Pfandgläubiger dabei gewissermaaßen als Procurator des Pfandschuldners behandelt. Die Form der gerichtlichen Versteigerung ist nur ausnahmsweise zuweilen zu beobachten. Jedenfalls muß der Pfandgläubiger, wenn, nach seiner daraus erfolgten Befriedigung, noch etwas von dem gelösten Kaufgelde übrig bleibt, dieses superfluum, diese hyperocha, worauf er ja kein Recht hat, dem Pfandschuldner zurückstellen.

Früherhin war die lex commissoria, die der Verpfändung beigefügte Clausel, daß die Pfandsache, wenn die Schuld nicht zu einer bestimmten Zeit bezahlt sei, dem Pfandgläubiger für seine Pfandforderung ohne weiteres zum sofortigen Eigenthume verfallen sein solle, nicht blos statthaft, sondern auch sogar sehr gewöhnlich und fast Regel. Allein, wegen des damit getriebenen Mißbrauches, hat Kaiser Constantin jene commissorische Clausel unbedingt verboten. Es muß jetzt immer die Pfandsache förmlich verkauft werden.

Jeder Pfandgläubiger, auch da, wo er, nach der Art des ihm zustehenden Pfandrechtes, keinen Anspruch auf sofortigen und bleibenden Besitz hat, kann, aber freilich erst wenn es zur Realisirung seines Pfandrechtes, zu dem vorzunehmenden Verkaufe, kommen soll, den Besitz, also die Herausgabe der Pfandsache verlangen. Es steht ihm, zu diesem Zwecke, die schon oben[1]) erwähnte in rem actio, die actio quasi Serviana, oder actio hypothecaria, gegen jeden dritten Besitzer zu. Selbst gegen einen anderen Pfandgläubiger, vorausgesetzt nur, daß dieser ein schwächeres Pfandrecht hat, als der Kläger.[2]) Für einen

[1]) §. 113.
[2]) §. 116.

ſpeciellen Fall ſteht ihm auch, zu gleichem Zwecke, ein Interdict, das interdictum Salvianum zu. Iſt ſein Pfandrecht ein pignus im engeren Sinne, ein Fauſtpfand, oder ein pignus praetorium, ſo kann der Pfandgläubiger ſogar während der ganzen Dauer des beſtehenden Pfandnexus den ungeſtörten Beſitz der Pfandſache verlangen. Allein ſelbſt dann hat er keinen Anſpruch auf die Benutzung, oder die Früchte der fremden Sache; wenigſtens nicht als ſich von ſelbſt verſtehende Folge des Pfandrechtes. Indeſſen kann allerdings, durch einen beſonderen Vertrag, eine antichresis verabredet werden, d. h. daß der Pfandgläubiger, ſtatt der Zinſen, welche ihm aus der Pfandforderung gebühren, die Pfandſache benutzen und die Früchte davon ſich aneignen dürfe.

Si pignore creditor utatur, furti tenetur. Gaius in fr. 54. pr. D. XLVII, 2. de furtis.

Si ἀντίχρησις, id est, mutuus pignoris usus pro credito facta sit, et in fundum, aut in aedes aliquis inducatur, ejusque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur, cum in usuras fructus percipiat, aut locando, aut ipse percipiendo habitandoque. Marcianus in fr. 11. §. 1. D. XX, 1. de pignor.

Contra autem creditor pignus ex pactione, quamvis ejus ea res non sit, alienare potest. Sed hoc forsitan ideo videtur fieri, quod voluntate debitoris intelligitur pignus alienare, quia ab initio contractus pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur. Sed, ne creditores jus suum persequi impedirentur, neque debitores temere suarum rerum dominium amittere viderentur, nostra constitutione consultum est, et certus modus impositus, per quem pignoris distractio possit procedere, cujus tenore utrique parti, creditorum et debitorum, satis abundeque provisum et. §. 1. Inst. II, 8. quibus alienare licet, vel non.

Si convenit de distrahendo pignore, sive ab initio, sive postea, non tantum venditio valet, verum incipit emtor dominium rei habere. Sed, etsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen jure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat. Ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur, nisi ei ter fuerit denuntiatum, ut solvat, et cessaverit. Ulpianus in fr. 4. D. XIII, 7. de pigneraticia actione.

Creditor judicio, quod de pignore dato proponitur, ut superfluum pretii cum usuris restituat, jure cogitur. Papinianus in fr. 42. D. eod.

Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet, infirmari eam et in poste-

rum omnem ejus memoriam aboleri. Constantinus in c. 3. C. VIII, 35. de pactis pignorum et de lege commissoria cet.

§. 116.

Das Rechtsverhältniß mehrerer Pfandgläubiger unter einander.

Dig. lib. XX. tit. 4. qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur. — Cod. lib. VIII. tit. 18. qui potiores in pignore habeantur. tit. 19. de his, qui in priorum creditorum locum succedunt. tit. 20. si antiquior creditor pignus vendiderit.

Dieselbe Sache kann, zu derselben Zeit, verschiedenen Gläubigern für verschiedene Forderungen verpfändet sein. Das hat auch an und für sich nichts Widersprechendes, ist vielmehr ein großer Vorzug des Institutes, insofern dadurch dem Eigenthümer die Möglichkeit gegeben ist, von dem Credite, welchen ihm der Werth seiner Sache verschafft, den vollsten Gebrauch zu machen. Umgekehrt kann aber freilich auch jene Möglichkeit einer Mehrheit und Häufung verschiedener Pfandrechte an derselben Sache den Credit des Eigenthümers schmälern, indem, wer ihm auf seine Sache borgen soll, unter Umständen eine ihm nachtheilige Collision mit anderen Mitpfandgläubigern zu befürchten hat. Der schlimmste Fall der Art ist der, wenn es gewiß, oder wenigstens wahrscheinlich ist, daß die verpfändete Sache nicht so viel werth ist, daß aus ihrem Erlöse sämmtliche Gläubiger ihre volle Befriedigung erhalten können. Die Gefahr einer solchen Collision ist um so größer, weil man weder an sich einer Sache es äußerlich ansehen kann, ob sie bereits und für wie viel sie verpfändet ist, noch sonst, bei der Formlosigkeit des Verpfändungsvertrages und bei den vielen stillschweigenden, gesetzlichen Hypotheken, es leicht ist, durch Vorsicht sich vorher davon zu überzeugen. Allein, auch ganz abgesehen von jenem schlimmsten Falle, entsteht schon die wichtige Frage, wer unter den mehreren concurrirenden Pfandgläubigern, welche ihr Recht an der Sache neben einander geltend machen wollen, zunächst und vorzugsweise zur vollen Ausübung desselben, namentlich zur distractio pignoris befugt ist.

Das römische Recht löst alle diese Collisionen dadurch, daß es jedem der Mitpfandgläubiger, vor, neben, oder erst nach den übrigen, seinen bestimmten Platz anweist und ihn nur nach dieser Rangordnung zu der vollen, wirksamen Ausübung seines Rechtes zuläßt. Es beruht dieses s. g. Prioritätsverhält-

niß im Allgemeinen, ohne Rücksicht auf den sonstigen Entstehungsgrund des Pfandrechtes, ganz dem Wesen der mehreren Pfandrechte gemäß, als einer theilweise und zu verschiedenen Zeiten erfolgten Ablösung vom Eigenthume, auf dem einfachen Grundsatze, daß das, der Zeit seiner Entstehung nach, ältere Pfandrecht, eben wegen seines früheren Daseins, allen erst später entstandenen, jüngeren Pfandrechten an derselben Sache vorgeht. Prior tempore, potior jure. Doch leidet diese Grundregel eine doppelte Ausnahme. Denn, es giebt vorerst gewisse Pfandrechte, welche unbedingt, ohne alle weitere Rücksicht auf die Zeit ihrer Entstehung, darum allen übrigen, selbst den älteren Pfandrechten vorgehen, weil sie, durch eine ausdrückliche, gesetzliche Vorschrift, ein Privilegium dieser Art erhalten haben. Unter diesen privilegirten Hypotheken sind aber wieder einige ganz besonders privilegirt, so daß sie sogar in Collision mit anderen, ebenfalls privilegirten Hypotheken unbedingt ein Vorzugsrecht genießen. Sie bezwecken sämmtlich eine Begünstigung gewisser Personen, oder Forderungen, und sind, besonders durch das neueste römische Recht, bis zur Ungebühr so vermehrt worden, daß dadurch, in Verbindung mit den vielen gesetzlichen, stillschweigenden Hypotheken, das römische Pfandrechtssystem in der That seinen Zweck, die Sicherung des Gläubigers, nur sehr unvollständig erfüllt und überhaupt ein unerfreuliches Bild darbietet. Eine fernere Ausnahme wird begründet, in Gemäßheit einer Vorschrift vom Kaiser Leo, durch den von ihm erst neu geschaffenen Begriff des sehr begünstigten s. g. öffentlichen Pfandrechtes. Es soll nämlich ein Pfandrecht, dessen Bestellung, oder Dasein überhaupt durch eine öffentliche Urkunde, instrumentum publice confectum, oder durch eine von drei unbescholtenen Männern unterschriebene Privaturkunde, instrumentum quasi publice confectum, bewiesen werden kann, unbedingt, ohne Rücksicht auf das Alter, vorgehen allen bloßen s. g. Privatpfandrechten, d. h. denjenigen, deren Bestellung, oder Dasein nicht durch solche Urkunden, sondern nur auf andere Art bewiesen werden kann. Es hängt diese gesetzliche Bestimmung zusammen mit der Gefahr eines betrügerischen Zurückdatirens des Pfandrechtes, welche allerdings im ersteren Falle geringer ist, als im letzteren.

Concurriren nun im einzelnen Falle mehrere Pfandgläubiger, so ist zu einer vollwirksamen Ausübung des Pfandrechtes,

namentlich zur Veräußerung der Pfandsache zunächst blos derjenige befugt, welcher das stärkste Pfandrecht hat, also, aus irgend einem der oben angegebenen Gründe, als creditor potior, prior, antiquior, anterior, allen übrigen Mitpfandgläubigern vorgeht. Er hat insbesondere allein zu bestimmen, ob und wann er zur Geltendmachung seines Pfandrechtes, zum Verkaufe der Sache schreiten will. Hat dieser nun veräußert und sich aus dem Erlöse, ohne ihn ganz zu erschöpfen, bezahlt gemacht, so kann nunmehr derjenige, welcher auf ihn folgt und also jetzt der nächste in der Reihenfolge ist, dasjenige, was vom Kaufgelde noch übrig geblieben ist, das superfluum, die hyperocha, für sich in Anspruch nehmen und sich daraus bezahlt machen. Darauf kommt wieder der jetzt nächste Pfandgläubiger mit seinem Anspruche auf das superfluum an die Reihe, bis das Kaufgeld ganz erschöpft ist. In diesem letzteren Falle hilft freilich den jetzt erst nachfolgenden Pfandgläubigern ihr Pfandrecht nichts. Wünscht übrigens einer der nachstehenden, schwächeren Gläubiger, creditores posteriores, das Veräußerungsrecht der Pfandsache an sich zu bringen, so kann er dieses dadurch bewerkstelligen, daß er dem ihm vorgehenden, stärkeren Pfandgläubiger dessen Pfandforderung vollständig bezahlt. Denn dadurch kauft er gewissermaaßen dessen Pfandrecht an sich und tritt, selbst wider den Willen desselben, ipso jure in des Abgefundenen Stelle ein. Dieses s. g. jus offerendi et succedendi kann demjenigen, welcher davon Gebrauch macht, in der That mancherlei nicht unbedeutende Vortheile gewähren.

Nam, cum de pignore utraque pars contendit, praevalet jure, qui praevenit tempore. Antoninus in c. 2. C. VIII, 18. qui potiores in pignore habeantur.

Interdum posterior potior est priori: utputa, si in rem istam conservandam impensum est, quod sequens credidit, veluti si navis fuit obligata et ad armandam eam rem, vel reficiendam ego credidero. Ulpianus in fr. 5. D. XX, 4. qui potiores in pignore.

Scripturas, quae saepe assolent a quibusdam secrete fieri, — si personalis actio exerceatur, suum robur habere decernimus. Sin autem jus pignoris vel hypothecae ex hujusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit, eum, qui instrumentis publice confectis nititur, praeponi decernimus, etiamsi posterior is contineatur; nisi forte probatae atque integrae opinionis trium, vel amplius virorum subscriptiones eisdem idiochiris contineant-

tur; tunc enim quasi publice confecta accipiuntur. Leo in c. 11. C. VIII, 18. qui potiores in pignore habeantur.

Qui pignus secundo loco acceperit, ita jus suum confirmare potest, si priori creditori debitam pecuniam solverit, aut cum obtulisset, isque accipere noluisset, eam obsignavit et deposuit, nec in usus suos convertit. Severus et Antoninus in c. 1. C. eod.

§. 117.

Erlöschen des Pfandrechtes.

Dig. lib. XX. tit. 6. quibus modis pignus vel hypotheca solvitur. — Cod. lib. VIII. tit. 26. de remissione pignoris. tit. 31. de luitione pignoris.

Das Erlöschen des Pfandrechtes hängt genau zusammen mit seinen oben [1]) erwähnten wesentlichen Voraussetzungen, indem es nicht länger fortbestehen kann, sobald eine jener Voraussetzungen hinwegfällt. Daher erlöscht es, in seiner Eigenschaft als jus in re, durch den Untergang seines wesentlichen Gegenstandes, der Pfandsache selbst, aber nur durch ihren gänzlichen Untergang. Denn, so lange noch irgend etwas davon übrig bleibt, so lange besteht das bisherige Pfandrecht noch in seinem vollen Umfange daran fort; nam pignoris causa est individua.

Es erlöscht ferner, in seiner Eigenschaft als jus in re aliena, sobald die Sache, im Verhältnisse zu dem Creditor, aufhört, eine fremde zu sein; indem die eigene Sache zwar unser Vermögen vermehrt, aber nicht unsere Forderungen zu sichern vermag. Außerdem hört das Pfandrecht, in seiner Eigenschaft als accessorisches Recht, auf, sobald die durch das Pfand zu sichernde Forderung, auf irgend eine Weise, und zwar gänzlich erloschen ist. Denn jetzt hat es keinen Zweck mehr. Nur muß die Forderung auch wirklich ganz erloschen sein und ihrem vollen Umfange nach. Denn, so lange auch nur noch ein kleiner Theil der Forderung übrig verblieben ist, so lange besteht für diesen letzten Theil auch noch das ganze Pfandrecht, in seinem bisherigen Umfange fort. Nam pignoris causa est individua.

Ferner liegt es schon in dem ganzen, eigenthümlichen Wesen des Pfandrechtes, daß es erlöscht, sobald es seinen Zweck erfüllt hat, d. h. sobald die Pfandsache, zum Zwecke der Befriedigung des bestberechtigten Pfandgläubigers, ordnungsmäßig ver-

[1]) S. §. 114.

kauft worden ist. Gerade deßhalb wird dadurch auch den schon bisher bestandenen Pfandrechten aller nachstehenden Pfandgläubiger an dieser selben Sache ein Ende gemacht.

Eine in der besonderen Art seiner Entstehung liegende Eigenthümlichkeit des prätorischen, durch richterliches Missionsdecret begründeten Pfandrechtes ist es, daß es sofort durch Wiederzurückziehung dieses Decretes erlöscht.

Endlich beruht es auf besonderer gesetzlicher Vorschrift, daß, wer eine fremde Sache longo tempore zum Eigenthume ersitzt, auch zugleich, mit der Sache selbst, die Freiheit derselben von den bisher daran haftenden Pfandrechten anderer Personen ersitzt, wenigstens eine wirksame Einrede dagegen erwirbt. Nur muß dann jedenfalls der Ersitzende auch insofern in bona fide gewesen sein, als er von der Existenz der auf ihr haftenden Pfandrechte bei der Erwerbung der Sache nichts gewußt hat.

Sicut re corporali extincta, ita et usufructu extincto pignus hypothecave perit. Marcianus in fr. 8. pr. D. XX, 6. quibus modis pignus solvitur.

In proposita autem quaestione me illud movet, numquid pignoris jus extinctum sit, dominio adquisito? neque enim potest pignus persevarare, domino constituto creditore. Paulus in fr. 30. §. 1. D. XLIV, 2. de exceptione rei judicatae.

Novatione legitime facta liberantur hypothecae et pignus, et usurae non currunt. Idem in fr. 18. D. XLVI, 2. de novationibus et delegationibus.

Item, si ita stipulatio facta sit: si fundus Titianus datus non erit, centum dari? nisi totus detur, poena committitur centum; nec prodest, partes fundi tradere, cessante una: quemadmodum non prodest ad pignus liberandum, partem creditori solvere. Idem in fr. 85. §. 6. D. XLV, de verborum obligationibus.

Si vendidisset, qui ante pignus acceperat, persecutio tibi hypothecaria superesse non potest. Alexander in c. 1. C. VIII, 20. si antiquior creditor pignus vendiderit.

Zweiter Abschnitt.

Das Obligationenrecht, oder die Lehre von den Forderungen.

Erstes Capitel.

Allgemeine Grundsätze über Obligationen.

§. 118.

Begriff der Obligationen.

Inst. lib. III. tit. 13. de obligationibus. — Dig. lib. XLIV. tit. 7. de obligationibus et actionibus. — Cod. lib. IV. tit. 10. de obligationibus et actionibus.

An die bisher abgehandelten Lehren von den uns an Sachen zustehenden Rechten und daraus entspringenden Rechtsverhältnissen schließt sich, im Nachfolgenden, sehr natürlich an dasjenige Rechtsverhältniß, welches die Römer als obligatio, wir heut zu Tage als Forderungs- und Schuldverhältniß bezeichnen. Es besteht dasselbe, seinem Umfange und Inhalte nach, lediglich zwischen zwei bestimmten Personen, von denen die eine, unter dem Namen Creditor, Gläubiger, von der anderen, welche davon Debitor, Schuldner heißt, eine bestimmte Leistung in Anspruch zu nehmen, zu fordern berechtigt ist.

Mit dem Vermögen und insbesondere mit dem Eigenthume als dem ursprünglichsten und natürlichsten Vermögensrechte, hängen die Obligationen, in mehrfacher Beziehung, auf das Genaueste zusammen. Denn die Leistung, welche der Gläubiger von seinem Schuldner zu fordern hat, ist dazu sowohl bestimmt, als auch geeignet, durch den pecuniären Werth, welchen sie für ihn hat, das Vermögen des Ersteren zu vermehren. Sie erscheint daher als eine künstliche Erweiterung des Eigenthumes und hat sogar oft geradezu den Zweck, mittelbar zu neuem, wahrem Eigenthume zu führen. Außerdem stellt sich aber auch die rechtliche Möglichkeit, dergleichen Obligationsverhältnisse einzugehen, zu contrahiren, als ein nothwendiges einfaches Mittel für den ganzen Eigenthums- und Vermögensverkehr dar. Daher entwickelt sich, der Erfahrung und Geschichte nach, das

Obligationsverhältniß fast gleichzeitig mit dem Begriffe des Eigenthums, wenigstens sobald letzterer sich bis zu einem gewissen Grade ausgebildet hat. Aus diesem Grunde eben erscheint das Obligationenrecht als zweiter ergänzender Theil des Vermögensrechtes.

Wenngleich nun das Wort obligatio ursprünglich mehr blos den Act, das Ereigniß, wodurch ein solches Rechtsverhältniß herbeigeführt wird, bezeichnet zu haben scheint, so erweiterte sich doch seine Bedeutung allmählig. Denn es bezeichnet auch zugleich theils das ganze, streng geschlossene Rechtsverhältniß zwischen dem bestimmten Creditor und dem bestimmten Debitor, theils das Resultat und den wesentlichen Inhalt desselben, nämlich, auf der einen Seite, das Recht des Creditors daraus gegen den Debitor, die Leistung zu verlangen, die Forderung, auf der anderen Seite, die Schuldverbindlichkeit des Debitors daraus, die Leistung an den Creditor vorzunehmen.

Auf das persönliche Verbinden und Verbundensein, worauf das Wesen des Obligationsverhältnisses beruht, beziehen sich charakteristisch die mancherlei bildlichen Ausdrücke, welche in den Quellen, besonders des älteren römischen Rechtes, dafür gebraucht werden: nexum, nectere, obligatio, obligare, contractus, contrahere, adstringere, vinculum juris.

Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei, secundum nostrae civitatis jura. Princ. Inst. III. 13. de oblig.

§. 119.

Der Gegenstand und Inhalt der obligatio im Allgemeinen.

Den eigentlichen Gegenstand der obligatio bildet niemals zunächst eine bestimmte Sache, sondern immer nur eine bestimmte Handlung, eine Leistung, welche der Creditor von seinem Debitor und dessen Person zu fordern hat. Den Begriff eines solchen, lediglich auf die Person des Schuldners und dessen Handlung gerichteten Rechtes, wie es dem Gläubiger aus der obligatio zusteht, hielt das römische, besonders das älteste römische Recht so fest, daß es einen Zwang zur Bezahlung und Entrichtung der schuldigen Leistung nur gegen diese Person selbst gestattete, nicht auch zugleich gegen das Vermögen des Schuld-

ners, mit welchem der Gläubiger es zunächst gar nicht zu thun hatte. Es hat daher lange gedauert, bis, zum Zwecke der Execution, auch, als Mittel derselben, ein Eingriff in das Vermögen gestattet wurde.[1])

Die Leistung, als Gegenstand der obligatio, muß freilich immer eine physisch und rechtlich mögliche sein, weil sonst ein Rechtszwang dazu undenkbar ist. Sie muß ferner immer einen Vermögenswerth haben, indem sie entweder auf das Bezahlen von Geld gerichtet ist, oder auf das Hingeben, oder Gewähren von anderen nutzbaren Sachen, oder endlich auf Handlungen, welche, wenn sie auch nicht zunächst in einem Geben oder Gewähren von Sachen bestehen sollten, dennoch geeignet sind, für denjenigen, welcher sie als Gläubiger zu fordern hat, einen pecuniären Vortheil zu begründen. Damit hängt weiter zusammen, daß die Leistung immer von der Art sein muß, daß der Creditor wirklich ein juristisches Interesse dabei hat, sie zu verlangen. Sie darf ferner, wenn das Obligationsverhältniß nicht seinen Charakter verlieren soll, weder ihrer Art, noch ihrem Maaße nach, ganz der bloßen Willkür des Schuldners, oder des Gläubigers überlassen bleiben. Sie muß endlich auch insofern ein genau bestimmtes Maaß haben, als es schon das Wesen der obligatio mit sich bringt, daß, durch die vollständige Ableistung des Schuldgegenstandes, das ganze bisherige Rechtsverhältniß zwischen dem Creditor und Debitor sich von selbst wieder auflöst. Nur freilich, während das ältere römische Recht es mit der Bestimmtheit der Leistung sehr streng nahm, begnügt sich das neuere Recht mit der Eigenschaft der Leistung, daß sie eine vollständige juristische Bestimmbarkeit hat. Darauf bezieht es sich, wenn auch von solchen Obligationen die Rede ist, die auf ein incertum gerichtet sind, im Gegensatze des certum.

Hat nun die Leistung die angegebenen Eigenschaften, so kann im Uebrigen der mögliche Inhalt der obligatio sehr verschiedenartig sein. Die Römer suchen ihn in ihrem Systeme kurz zusammenzufassen, indem sie alle Obligationen entweder auf ein dare, oder auf ein facere, oder auf ein praestare beziehen. Es sind das Ausdrücke, welche in unseren Rechtsquellen zum

[1]) S. §. 61.

Theil freilich eine allgemeine, vulgäre Bedeutung, zur Bezeichnung aller Arten von Leistungen, haben, zum Theil aber und häufig, auch in einer mehr technischen Bedeutung, zunächst blos gewisse bestimmte Arten von Leistungen bezeichnen.

Gerade mit auf der Verschiedenheit der, ihren näheren Inhalt bildenden Leistungen beruht, neben und außer dem Entstehungsgrunde, die Eigenthümlichkeit der verschiedenen, im römischen Rechte besonders hervorgehobenen Obligationsverhältnisse, und eben deßhalb wird davon nur bei deren specieller Abhandlung die Rede sein. Doch können und sollen schon hier zwei Leistungsverbindlichkeiten, weil sie allgemeinerer Natur sind und bei sehr vielen Obligationen auf gleiche Weise zur Sprache kommen, hervorgehoben werden. Das ist die Verbindlichkeit zur Leistung von Schadenersatz, und die Verbindlichkeit des Schuldners, Zinsen zu zahlen.

Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis adstringat, ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum. Paulus in fr. 5. pr. D. XLIV, 7. de obligationibus et actionibus.

In personam actio est, quotiens cum aliquo agimus, qui nobis ex contractu, vel ex delicto obligatus est, id est, cum intendimus: dare, facere, praestare oportere. Gaius Comm. IV. §. 2.

Ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt. Ulpianus in fr. 9. §. 2. D. XL, 7. de statu liber.

Alteri stipulari nemo potest. Inventae sunt enim hujusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat, quod sua interest; ceterum, si alii detur, nihil interest stipulatoris. §. 19. Inst. III, 19. de inutilibus stipulationibus.

§. 120.

Die Verbindlichkeit zum Schadenersatze insbesondere.

Dig. lib. XXII. tit. 1. de usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora. — Dig. lib. XX. tit. 3. de in litem jurando. — Cod. lib. V. tit. 53. de in litem jurando. — Cod. lib. VII. tit. 47. de sententiis, quae pro eo, quod interest, proferuntur.

Der bloße Umstand, daß uns ein Vermögensschaden betroffen hat, giebt an sich noch keinen rechtlichen Grund ab, weßhalb wir von einem Anderen eine Erstattung, den Ersatz des Schadens,

damni praestatio, verlangen können. Denn in sehr vielen Fällen müssen wir den uns betroffenen Schaden selber und allein tragen. Das gilt unbedingt und immer von demjenigen Vermögensschaden, den wir selber verschuldet, d. h. absichtlich, oder durch unsere Nachlässigkeit uns zugezogen haben. Das gilt regelmäßig auch von demjenigen Vermögensverluste, der uns im Gefolge eines reinen Zufalles, casus, einer vis major, trifft; nam casus a nemine praestantur.

Ueberhaupt setzt jeder Anspruch gegen Andere auf Erstattung eines von uns erlittenen Vermögensschadens einen besonderen Rechtsgrund voraus, wodurch uns jener Andere zum Schadenersatze verpflichtet worden ist. Ein solcher Grund kann natürlich darin liegen, daß ein Anderer freiwillig, sei es nun bereits vor, oder erst nach dem beschädigenden Ereignisse, uns den Schadenersatz zugesichert hat. Er kann aber auch schon in gewissen allgemeinen gesetzlichen Vorschriften liegen. Dahin gehört ganz vorzüglich die Vorschrift, daß, wer im einzelnen Falle durch sein entschieden widerrechtliches Benehmen den fremden Vermögensschaden verursacht hat, den Beschädigten, auf dessen Verlangen, entschädigen muß. Von denjenigen widerrechtlichen Handlungen, welche selbstständige Delictsobligationen, delicta, begründen, wird weiter unten specieller die Rede sein.[1]) Es können aber auch widerrechtliche Handlungen, wenngleich sie dergleichen selbstständige Delictsobligationen nicht begründen, dennoch insofern verpflichtender Natur werden, als sie, wegen einer sonst darin liegenden Verschuldung, eine bereits bestehende andere obligatio verletzen, und dann zu dieser, ihren Inhalt gewissermaaßen erweiternd, oder sonst verändernd, hinzutreten.

Im Allgemeinen heißt nun culpa, Verschulden, Schuld, ein jedes widerrechtliche Benehmen, es bestehe in einem positiven Thun, oder in einer bloßen Unthätigkeit, insofern es den Handelnden für gewisse daraus hervorgehende Folgen juristisch verantwortlich macht. Indessen, wie die Folgen des Benehmens, eben so kann auch die Verantwortlichkeit dafür, rechtlich betrachtet, eine sehr verschiedene sein, indem namentlich auch die dadurch oft begründete Verpflichtung zur Erleidung einer Criminalstrafe, oder

[1]) S. §. 145 f.

zur Erlegung einer Privatstrafe dahin[1]) zu ziehen ist. Aber freilich hier, wo zunächst von der Verbindlichkeit zum Schadenersatze die Rede ist, setzt das Verschulden immer gerade ein solches Benehmen voraus, wodurch andere Personen an ihrem Vermögen auf irgend eine Weise einen Nachtheil, damnum, erlitten haben.

Jene culpa im weiteren Sinne des Wortes zerfällt, mit Rücksicht auf die Art und den Grad des Verschuldens, in zwei Unterarten, in den dolus und in die culpa im engeren Sinne.

Unter dolus versteht das römische Obligationenrecht, in dieser Beziehung, nicht etwa blos den Betrug, sondern überhaupt eine jede absichtlich und wissentlich einem Anderen widerrechtlich zugefügte Beschädigung, insofern sie zugleich aus einem moralisch verwerflichen, schlechten Bewegungsgrunde hervorgegangen ist. Jedes Benehmen, welches nicht unter diesen angegebenen Begriff des dolus fällt, weil eine, oder mehrere Voraussetzungen desselben mangeln, was aber trotzdem, in anderer Beziehung, immer noch den Charakter der Schuld und der verantwortlich machenden Widerrechtlichkeit an sich trägt, heißt culpa, im Gegensatze zu dem dolus. Da übrigens gewisse Gestaltungen der culpa, zwar nicht unbedingt und namentlich nicht in strafrechtlicher Beziehung, aber doch in Rücksicht der privatrechtlichen Verantwortlichkeit daraus, gerade so wie dolus behandelt, diesem also insofern gleichgestellt werden, so erklärt sich daraus leicht die in den Rechtsquellen dafür vorkommende Bezeichnung derselben, als culpa dolo proxima, culpa, quae dolo aequiparatur. Ja, es wird eine gewisse culpa sogar oft geradezu dolus, in diesem weiteren Sinne des Wortes, genannt.

Beide, der dolus sowohl, als die culpa, setzen nicht blos schon im Allgemeinen, als Handlung, von Seiten desjenigen, dem sie zum Vorwurfe gemacht werden sollen, juristische Zurechenbarkeit voraus, sondern auch, als Widerrechtlichkeit, die juristische Verbindlichkeit des Handelnden zu einem entgegengesetzten, anderen Benehmen. In dieser letzteren Hinsicht zeigt

[1]) S. §. 145.

sich aber ein großer Unterschied zwischen positiven Beschädigungshandlungen und zwischen bloßen Unterlassungen, unter Umständen, unter welchen durch ein thätigeres Handeln ein Schaden hätte verhütet werden können.

Denn, überall und unter allen Umständen ist man, nach Ansicht des römischen Rechtes, verantwortlich für seine verschuldeten positiven Beschädigungshandlungen, sie mögen nun dolose, oder blos culpose sein, und es mag, im letzteren Falle, den Handelnden der Vorwurf einer größeren, oder geringeren culpa treffen, wenn nur überhaupt noch irgend eine Schuld übrig bleibt. Der Grund davon ist der, weil ein jedes solches Beschädigen durch positives Thun, facere, direct dem allgemeinen Rechtsprincipe: neminem laede, widerspricht. Darauf beruht die Vorschrift der lex Aquilia und das darauf gebaute besondere Delict, damnum injuria datum, wovon weiter unten.[1])

Anders verhält sich das mit der bloßen Unthätigkeit. Denn zu einem positiven, thätigen Fleiße, zur Abwendung des anderen Personen drohenden Schadens, zu einer diligentia, in diesem technischen Sinne des Wortes, sind wir nicht, schon durch ein allgemeines Rechtsprincip, allen Mitbürgern verpflichtet. Vielmehr sind wir nur ausnahmsweise da, wo ein Anderer aus besonderen Gründen einen bestimmten Anspruch auf eine solche diligentia von unserer Seite erworben hat, wegen einer omissio diligentiae, welche in dieser Richtung auch oft als negligentia bezeichnet wird, jenem Anderen verantwortlich. Regelmäßig wird nun aber ein solcher Anspruch eines Anderen auf unsere diligentia blos durch besondere Obligationsverhältnisse, in welchen wir zu jenem Anderen stehen, begründet, und nach der Art dieses Obligationsverhältnisses richtet es sich zunächst, wieweit unsere Verpflichtung zur diligentia geht, also welchen Grad von thätigem Fleiße der Andere von uns rechtlich erwarten darf. Für ein wahrhaft dolоses Benehmen solcher Art sind wir freilich, auch in dieser Beziehung, immer verantwortlich. Dolus semper praestatur. Dagegen unterscheidet das römische Recht hier, bei der Frage, wieweit wir auch für bloße culpa haften, wieweit auch die culpa von uns

[1]) S. §. 148.

präſtirt werden muß, zwei Grade, die lata und die levis culpa. Für die erſtere haften wir immer und unbedingt aus allen Obligationsverhältniſſen, für die letztere nur zuweilen und aus gewiſſen Obligationsverhältniſſen, beſonders, doch nicht ausſchließlich und allein, aus ſolchen, aus denen wir, ihrer allgemeinen Natur nach, ſelber Vortheil zu erwarten haben, ſei es nun wir allein, oder wenigſtens wir zugleich mit demjenigen, zu dem wir in dem fraglichen Obligationsverhältniſſe ſtehen. Zu den Fällen der lata culpa gehört nun theils jedes wiſſentliche und abſichtliche Unrecht, inſofern es nicht ſchon unter den Begriff des eigentlichen dolus fällt, theils die zwar durch bloße, aber grobe Gedankenloſigkeit und Unachtſamkeit, dissoluta negligentia, veranlaßte Verletzung. Wer dagegen auch levem, oder omnem culpam präſtiren muß, der iſt eigentlich ſelbſt für die geringſten Verſehen und Unachtſamkeiten verantwortlich. Doch hat das, nach der praktiſchen und vernünftigen Anſicht der Römer, ſeine natürlichen Grenzen. Denn, auch wer für jede, ſelbſt die geringſte culpa verantwortlich iſt, ſoll jedenfalls dann von aller Verantwortlichkeit frei ſein, wenn er ſich, bei der in Frage ſtehenden Gelegenheit, ganz ſo benommen hat, wie ein bonus paterfamilias, d. h. wie ein in jeder Beziehung ordentlicher gewiſſenhafter und umſichtiger Menſch, dergleichen es in allen Lebensverhältniſſen erfahrungsmäßig giebt, ſich in ſolchen Fällen zu benehmen pflegt. Mehr wird Einem niemals zugemuthet, und ein Schade, der trotzdem erfolgt, gilt für einen rein zufälligen, und alſo ganz unverſchuldeten, für den man ſelbſt dann nicht haftet, wenngleich er noch möglicherweiſe durch exorbitante Anſtrengungen und übertriebene Anſtalten hätte abgewendet werden können. Denn dergleichen ſind auch von einem bonus paterfamilias nicht zu erwarten. So die Regel. Zuweilen wird indeſſen ausnahmsweiſe, bei Beurtheilung der Verantwortlichkeit und Schuld einer beſtimmten Perſon, ein anderer Maaßſtab angelegt. Es wird nämlich dann weniger auf jenes allgemeine Vorbild eines bonus paterfamilias, als vielmehr zunächſt auf die ganze individuelle Art der in Frage ſtehenden Perſon ſelbſt, wie letztere ſich regelmäßig in ihren eigenen Angelegenheiten zu benehmen pflegt, Rückſicht genommen. Dann wird ihr ihr Benehmen, Anderen gegenüber, im einzelnen Falle nur dann als ſchuldvolle Widerrechtlichkeit zur Laſt gelegt, wenn ſie in jener

fremden Angelegenheit offenbar nachlässiger gewesen ist, als sie in ihren eigenen zu sein pflegt. Man erwartet dann von ihr und muthet ihr zu nicht unbedingt den höchsten Grad der Sorgfalt und Aufmerksamkeit, sondern eben nur, nach dem technischen Ausdrucke, talem diligentiam, qualem in suis rebus adhibere solet.

Ist nun ein Schaden, dessen Erstattung von einem Anderen verlangt werden kann, zugefügt, so geschieht seine Schätzung, die Berechnung des id, quod creditoris interest, dabei, den Umständen nach, verschieden. Bald, und das ist allerdings die Regel, geschieht sie mittelst genauer gerichtlicher Liquidation und Taxation des wahren nachweislichen Schadens. Bald aber geschieht die Berechnung und Schätzung ausnahmsweise, in besonderen Fällen, weit summarischer, nämlich ohne weiteres mittelst bloßer eidlicher Angabe des Beschädigten selbst, welche juramentum in litem heißt. Letzteres setzt jedoch immer voraus, theils daß der Betrag des auszumittelnden Schadens nicht schon an sich, außerdem und sonst gewiß ist, theils daß dem zur Ersatzleistung Verpflichteten erweislich dolus, oder lata culpa, oder contumacia zur Last fällt, theils endlich noch manche andere, besondere Eigenthümlichkeiten des ganzen Obligationsfalles. Auch kann nöthigenfalls der Richter, vor, oder auch sogar nach der Ausschwörung des Eides, die zu beschwörende, oder bereits beschworene Entschädigungssumme moderiren.

Quod quis ex sua culpa damnum sentit, non intelligitur damnum sentire. Pompon. in fr. 203. D. L, 17. de reg. jur.

Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet. fr. 151. D. eod.

Quae fortuitis casibus accidunt, cum praevideri non potuerint, (in quibus etiam aggressura latronum est,) nullo bonae fidei judicio praestantur. Alexander in c. 6. C. IV, 24. de pigneraticia actione.

Lata culpa est nimia negligentia, id est, non intelligere, quod omnes intelligunt. Ulpianus in fr. 213. §. 2. D. L, 16. de verb. sign.

Quod Nerva diceret, latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret. Nec enim salva fide minorem iis, quam suis rebus diligentiam praestabit. Celsus in fr. 32. D. XVI, 3. depositi.

Haec actio dolum malum duntaxat exigit; ..... lata culpa plane dolo comparabitur. Ulpianus in fr. 1. §. 1. D. XI, 6. si mensor.

In lege Aquilia et levissima culpa venit. Idem in fr. 44. pr. D. IX, 2. ad legem Aquiliam.

In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet. Ita, ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit. Gaius in fr. 18. pr. D. XIII, 6. commodati vel contra.

Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. — Sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit, vel plus, vel minus in singulis contractibus; nam hoc servabitur, quod initio convenit; legem enim contractus dedit; excepto eo, quod Celsus putat, non valere, si convenerit, ne dolus praestetur; hoc enim bonae fidei judicio contrarium est; et ita utimur. Ulpianus in fr. 23. D. L, 17 de reg. jur.

Culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset. Gaius in fr. 25. §. 7. D. XIX, 2. locati.

Socius socio etiam culpae nomine tenetur, id est, desidiae atque negligentiae. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est; sufficit etenim, talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet. Idem in fr. 72. D. XVII, 2. pro socio.

In actionibus in rem et in ad exhibendum et in bonae fidei judiciis in litem juratur. — Sed in his omnibus ob dolum solum in litem juratur, non etiam ob culpam; haec enim judex aestimat. Marcianus in fr. 5. D. XII, 3. de in litem jurando.

§. 121.

Die Verbindlichkeit des Schuldners, Zinsen zu bezahlen, insbesondere.

Dig. lib. XXII. tit. 1. de usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora. — Cod. lib. IV. tit. 32. de usuris.

Von einer wahren Zinszahlungsverbindlichkeit kann nur bei Capitalschulden, d. h. nur da, wo Jemand eine Quantität von res, quae numero, pondere, vel mensura consistunt, schuldig ist, die Rede sein. Denn von diesem Capitale, sors, caput, hat der Schuldner unter Umständen Zinsen, usurae, foenus, zu bezahlen, als eine Art Miethpreis für den Gebrauch, usus, des Capitales, den er entweder eine bestimmte Zeit lang wirklich davon gehabt, oder den er doch wenigstens dem Creditor bisher entzogen hat. Es bestehen dann die Zinsen

aus Sachen derselben Art, welche das Capital bilden, und werden berechnet nach genau bestimmten Brüchen jenes Capitales selbst, wobei theils die Größe des Capitales, theils die Dauer der Zeit, wie lange der Creditor den Gebrauch seines Capitales entbehrt hat, zum Maaßstabe dienen. Die Römer legten dabei, um einen allgemeinen Maaßstab zu gewinnen, der Zinsberechnung, als Capitalgröße, die Summe von Hundert, centum, und, als Zeit, die Dauer eines Monates zum Grunde. Darauf bezieht sich denn auch die ganze, dabei vorkommende Terminologie in den Quellen des römischen Rechtes und die Benennung der Procente. So sind z. B. centesimae usurae zwölf Procent, tertia pars centesimae, oder trientes usurae vier Procent, dimidia pars centesimae sechs Procent, bes centesimae, oder besses usurae acht Procent jährlich.

Obgleich nun das römische Recht schon sehr früh Zinsen kannte und gestattete, so hat das doch nicht den Sinn, als ob jeder Capitalgläubiger ohne weiteres von seinem Schuldner Zinsen fordern könnte. Vielmehr setzt das immer einen besonderen, gerade auf Zinsenzahlung gerichteten Verpflichtungsgrund für den Schuldner voraus. Dieser liegt dann entweder in dem eigenen Willen des Schuldners, indem er vertragsmäßig, oder sonst auf rechtsverbindliche Weise Zinsen zu bezahlen verspricht, foenus im engeren Sinne, Conventionalzinsen genannt, oder in einer den Schuldner verpflichtenden testamentarischen Auflage, oder endlich in einer allgemeinen gesetzlichen Vorschrift, wonach, unter gewissen Verhältnissen, jeder Capitalschuldner, ohne weiteres, zur Zinsenzahlung verpflichtet sein soll. Zu diesen letzteren gehört besonders der Grundsatz, daß, jedoch nur bei bonae fidei negotiis, die mora den Capitalschuldner zur Entrichtung von Verzugszinsen, usurae morae, verpflichtet. Ueber den Begriff dieser mora s. unten §. 152. Von solchen gesetzlichen Zinsen heißt es: officio judicis praestantur.

Schon früh wurden, bei dem Hange der Römer zum Geize, die Zinsen von den reichen Gläubigern zur Bedrückung der armen Schuldner, selbst zu politischen Zwecken, mißbraucht, und darauf beziehen sich die mancherlei gesetzlichen Zinsbeschränkungen, deren Uebertretung, oder Umgehung den, zum Theil mit besonderen Strafen bedrohten Zinswucher, die s. g. usura-

ria pravitas begründete. Das gänzliche Verbot des Zinsnehmens, was allerdings von Geschichtschreibern erwähnt wird, betraf theils nur gewisse Arten von Zinscontracten, theils bestand es nur vorübergehend. Dagegen unterlag das Zinsennehmen mehrfachen gesetzlichen Beschränkungen anderer Art. Denn es soll erstens der Gläubiger ein gesetzlich bestimmtes, höchstes Zinsmaaß nicht überschreiten. Nur freilich hat dieser gesetzlich normirte höchste Zinsfuß, der sich besonders auf die vertragsmäßig bedungenen Zinsen bezieht, im Laufe der Zeit mehrmals gewechselt. Namentlich sollen die Zwölftafelgesetze das foenus unciarium als höchsten Zinsfuß festgesetzt und spätere Gesetze dieses auf die Hälfte, das foenus semunciarium, herabgesetzt haben. Aber wir wissen durchaus nicht mit einiger Sicherheit, was darunter zu verstehen ist. Nach manchen, in der Mitte liegenden, wechselnden Bestimmungen darüber aus der libera respublica, wobei namentlich eine lex Licinia vom J. R. 388 (383?), eine lex Duillia Maenia vom J. R. 398 (393?), eine lex Genucia, eine lex Gabinia vom J. R. 687 erwähnt werden, so wie nach manchen, einander verdrängenden kaiserlichen Constitutionen, hat zuletzt Justinian für vertragsmäßige Zinsen ein höchstes Maaß festgesetzt, mit Rücksicht theils auf die Art des Capitales, je nachdem es ein Geldcapital ist, oder aus Sachen anderer Art, namentlich Früchten besteht, theils auf die ausleihenden Personen und deren Stand. Verboten ist es zweitens, unter dem Namen des anatocismus, Zinsen von Zinsen zu nehmen. Endlich sollen auch die noch rückständigen Zinsen niemals über das alterum tantum anwachsen und darüber hinaus berechnet werden, was Justinian in einer (nicht glossirten) Novelle sogar auf bereits abbezahlte Zinsen ausgedehnt hat.

Fenus — a fetu — quod crediti nummi alios pariant, ut apud Graecos eadem res τόκος dicitur. Festus v. fenus.

Usura est incrementum foenoris, ab usu aeris crediti nuncupata. Isidor. Orig. V, 25.

Oleo quidem vel quibuscunque fructibus mutuo datis, incerti pretii ratio additamenta usurarum ejusdem materiae suasit admitti. Philippus in c. 23. C. IV, 32. de usuris.

Sane vetus urbi foenebre malum et seditionum discordiarumque creberrima causa, eoque cohibebatur antiquis quoque et minus corruptis moribus. Nam primo XII tabulis sanctum: ne quis

unciario foenore amplius exerceret, quum antea ex libidine locupletium agitaretur. Dein, rogatione tribunicia ad semuncias redacta, postremo vetita versura, multisque plebiscitis obviam itum fraudibus, quae toties repressae miras per artes oriebantur. Tacit. Annal. lib. VI. cap. 16.

In bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur. Marcianus in fr. 32. §. 2. D. XXII, 1. de usuris.

Super usurarum vero quantitate etiam generalem sanctionem facere, necessarium esse duximus, veterem duram et gravissimam earum molem ad mediocritatem deducentes. Ideoque jubemus, illustribus quidem personis, sive eas praecedentibus minime licere, ultra tertiam partem centesimae, usurarum nomine, in quocunque contractu, vili vel maximo, stipulari. Illos vero, qui ergasteriis praesunt, vel aliquam licitam negotiationem gerunt, usque ad bessem centesimae, usurarum nomine, in quocunque contractu suam stipulationem moderari. In trajecticiis autem contractibus, vel specierum foenori dationibus usque ad centesimam tantummodo licere stipulari, nec eam excedere, licet veteribus legibus hoc erat concessum. Ceteros autem omnes homines dimidiam tantummodo centesimae, usurarum nomine, posse stipulari: et eam quantitatem usurarum etiam in aliis omnibus casibus nullo modo ampliari, in quibus citra stipulationem exigi usurae solent. Justinianus in c. 26. §. 1. C. IV, 32. de usuris.

Supra duplum autem usurae et usurarum usurae nec in stipulatum deduci, nec exigi possunt, et solutae repetuntur. Ulpianus in fr. 26. §. 1. D. XII, 6. de condictione indebiti.

Cursum insuper usurarum ultra duplum minime procedere concedimus. Justinianus in c. 27. §. 1. C. IV, 32. de usuris.

§. 122.

Die Wirksamkeit der Obligationen.

Die obligatio gewährt dem daraus Berechtigten, dem Gläubiger zwar immer ein Recht, die Leistung zu fordern, aber freilich nur ein Recht gegen die Person dieses bestimmten Schuldners. Um diesen Anspruch gegen seinen Schuldner geltend machen zu können, müssen natürlich dem Gläubiger immer gewisse Rechtsmittel zu Gebote stehen. Im älteren römischen Civilrechte begründete sogar eine jede obligatio für den Gläubiger immer eine Klage, insofern nämlich, als überhaupt damals nur klagbare Obligationen rechtlich anerkannt wurden. Gerade deßhalb galten ursprünglich die Ausdrücke obligatio und actio, im engeren Sinne des Wortes, für ganz gleichbedeutend, indem jede

obligatio eine actio begründete und umgekehrt jede actio eine obligatio voraussetzte. Aber im neueren römischen Rechte tritt, mit praktischer Bedeutung, in Rücksicht des Grades ihrer rechtlichen Wirksamkeit, hervor die Eintheilung der Obligationen in Civil- und in bloße Naturalobligationen.

Es lag nämlich ganz in dem Geiste und geschichtlichen Entwickelungsgange des römischen Rechtes, daß ursprünglich nur diejenigen Obligationen rechtlich anerkannt wurden, die auf dem strengen jus civile beruhten. Diese begründeten aber auch dafür immer eine sehr strenge Wirkung, insbesondere eine Klage des Creditors gegen den Debitor auf die schuldige Leistung, eine actio in diesem engeren Sinne des Wortes. Andere wurden gar nicht als obligationes rechtlich berücksichtigt.

Im Laufe der Zeit fing man indessen an, auch den blos auf dem jus naturale et gentium beruhenden Forderungsansprüchen rechtliche Wirksamkeit beizulegen, wenngleich nur eine beschränktere. Man bezeichnete dieselben seitdem zwar ebenfalls als obligationes, nur freilich, im Gegensatze der streng civilrechtlichen, der civiles obligationes, als bloße naturales obligationes. Die Verschiedenheit der letzteren von den Civilobligationen äußerte sich theils in ihrem Entstehungsgrunde, theils aber und ganz vorzüglich sichtbar in ihrer Wirksamkeit, nämlich darin, daß sie dem Creditor keine actio gegen den Debitor gewährten. Dagegen waren sie sonst und außerdem vollgültige Obligationen, und standen in allen übrigen rechtlichen Wirkungen den Civilobligationen gleich. Namentlich berechtigten sie den Creditor, eben darum, weil er dabei als wirklicher Creditor galt, das ihm vom Debitor Geleistete, als ihm gebührend, zu behalten, während eine irrthümlich bezahlte Nichtschuld, id, quod ne natura quidem debetur, von dem Leistenden ohne weiteres mit einer Klage zurückverlangt, condicirt werden konnte. Die Naturalobligationen konnten ferner durch jedes andere rechtliche Mittel, außer dem der eigentlichen Klage, insbesondere durch daraus abgeleitete Exceptionen aller Art, von denen die Compensationseinrede nur eine Art bildet, geltend gemacht werden. Endlich konnten sie auch, eben so gut, wie Civilobligationen, zur Grundlage solcher Rechtsgeschäfte dienen, die, wie z. B. eine Verpfändung, Verbürgung, eine Novation u. s. w.,

wesentlich zu ihrem Bestande das Dasein einer rechtsgültigen obligatio voraussetzen.

Allmählig erweiterte sich jener ursprünglich enge Kreis der klagbaren Obligationen dadurch, daß manche Obligationen, welche bisher nur Naturalobligationen gewesen waren, entweder durch das neuere Civilrecht, oder durch das prätorische Recht Klagbarkeit erhielten. Darauf bezieht sich die Eintheilung in civiles und in honorariae obligationes, welche beide gleichmäßig eine actio gewährten und sich nur durch den Ursprung derselben unterschieden.

Aber umgekehrt wurde auch allmählig, auf der anderen Seite, die Wirksamkeit mancher ursprünglicher Civilobligationen dadurch bedeutend beschränkt, daß, aus Gründen der aequitas, dem Debitor dagegen eine peremtorische exceptio gestattet wurde. Dergleichen Obligationen galten dann zwar vollständig insofern, als unbedenklich aus ihnen auf Erfüllung geklagt werden konnte. Aber es stand dem beklagten Debitor frei, der gegen ihn erhobenen actio, durch Vorschützung jener exceptio, den Umständen nach, entweder alle Wirksamkeit zu benehmen, sie ganz zu vernichten, oder doch wenigstens sie zu einer naturalis obligatio herabzusetzen.[1])

Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei, secundum nostrae civitatis jura.

Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera deducitur; namque aut civiles sunt, aut praetoriae. Civiles sunt, quae aut legibus constitutae, aut certe jure civili comprobatae sunt. Praetoriae sunt, quas praetor ex sua jurisdictione constituit, quae etiam honorariae vocantur. pr. et §. 1. Inst. III, 13. de obligationibus.

Is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus. Paulus in fr. 84. §. 1. D. L, 17. de reg. jur.

Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua earum nomine competit, verum etiam eo, si soluta pecunia repeti non possit. Idem in fr. 10. D. XLIV, 7. de obligationibus et actionibus.

Nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem. Ulpianus in fr. 7. §. 4. D. II, 14. de pactis.

---

[1]) S. unten §. 151.

§. 123.

Beschränkung der obligatio, in ihren Wirkungen, auf die Person des ursprünglichen Creditors und Debitors.

Inst. lib. III. tit. 28. per quas personas nobis obligatio adquiritur. — Inst. lib. IV. tit. 7. quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicitur. — Dig. lib. XV. tit. 4. quod jussu. — Dig. lib. XV. tit. 1. de peculio. — Dig. lib. XV. tit. 3. de in rem verso. — Dig. lib. XV. tit. 1. de exercitoria actione. — Dig. lib. XIV. tit. 3. de institoria actione. — Dig. lib. XVIII. tit. 4. de hereditate vel actione vendita. — Cod. lib. IV. tit. 39. de hered. vel actione vend.

Die obligatio ist ein in jeder Hinsicht streng geschlossenes Rechtsverhältniß zwischen den beiden Personen, zwischen denen sie besteht, zwischen dem bestimmten Creditor und dem bestimmten Debitor. Eine Eigenschaft, welche die Römer mit großer Consequenz festhalten und durchführen.

Denn es folgt daraus *erstens*, daß aus der obligatio nur der bestimmte Creditor selbst und, außer ihm, kein Dritter ein Recht erwirbt. Zwar kann Jemand aus Obligationshandlungen solcher Individuen, welche er in seiner potestas hat, z. B. durch seinen servus, oder filiusfamilias, Forderungsrechte erwerben, selbst wenn er jene Individuen nicht ausdrücklich dazu befehligt hat. Aber das ist nur eine natürliche Folge theils des Grundsatzes, daß jene Individuen kein eigenes Vermögen für sich selbst zu erwerben fähig sind, theils jenes eigenthümlichen Herrschaftsverhältnisses. Dagegen erscheint es allerdings als eine allmählig aufgekommene Milderung jenes strengen Grundsatzes, daß, nach dem neueren römischen Rechte Jemand auch *per liberas personas*, d. h. auch durch solche Personen, die er nicht in seiner potestas hat, die aber von ihm zur Vornahme gewisser Handlungen beauftragt worden sind, als ihr Vollmachtgeber, wenigstens indirect Obligationsrechte erwerben kann. Der Bevollmächtigte, Procurator, erwirbt zwar diese Rechte zunächst für sich selbst; allein der Vollmachtgeber kann von diesem seinem Procurator hinterdrein Cession der für ihn erworbenen Obligationen verlangen. Ja, in gewissen Fällen soll es nicht einmal einer solchen förmlichen Cession bedürfen.

Aus dem obigen Principe folgt *zweitens*, daß aus der obligatio nur der bestimmte Debitor selbst und, außer ihm, kein Dritter verpflichtet wird. Doch haben sich allmählig, weil das

Bedürfniß des zu erleichternden Verkehres es nöthig zu machen schien, mancherlei Modificationen davon gebildet, welche theils wieder mit der dominica und patria potestas, theils mit der Bevollmächtigung freier Personen zusammenhängen. Auf diese Weise kann es allerdings geschehen, daß Jemand aus Obligationen, die er nicht selber, sondern ein Anderer, contrahirt hat, verpflichtet wird und folgeweise daraus auf Erfüllung verklagt werden kann. Dahin gehört die actio quod jussu, actio de peculio, actio de in rem verso, ferner die actio exercitoria, die actio institoria, endlich diese letztere in ihrer späteren Ausdehnung, quasi institoria actio genannt. Es sind das an sich die gewöhnlichen Klagen aus dem obligatorischen Geschäfte. Sie erhalten aber hier, bei ihrer Anstellung, einen Namenszusatz, welcher dazu bestimmt ist, dem Beklagten sofort anzudeuten, weßhalb er hier ausnahmsweise, gegen die sonstige Regel, durch die fremde Obligationshandlung als klagbar verpflichtet erscheint. Das ist es, was man heut zu Tage durch die Benennung actiones adjecticiae qualitatis ausdrücken will.

Eine Folge des oben aufgestellten Begriffes der obligatio ist es endlich drittens, daß kein wahrer Wechsel der bei der obligatio interessirten Personen denkbar ist. Das heißt, es kann weder das Recht, die Forderung des ursprünglichen Creditors, noch die Schuldverbindlichkeit des ursprünglichen Debitors aus diesem selben Obligationsverhältnisse, durante eadem obligatione, nämlich ohne gänzliche Aufhebung der bisherigen obligatio und Begründung einer selbstständigen neuen, dafür substituirten obligatio, hinterdrein auf einen Anderen, einen Dritten übertragen werden. Zwar geht sowohl das Recht, als die Verbindlichkeit aus der obligatio regelmäßig auf die Erben des Gläubigers und Schuldners über. Allein das ist keine Ausnahme, sondern nur eine natürliche Folge der durch die Erbfolge begründeten successio per universitatem, der strengen juristischen Repräsentation des Erblassers durch seinen Erben, in Gemäßheit welcher Letzterer die Person des Ersteren juristisch fortsetzt. Dagegen erkennen die Römer keine Singularsuccession in Obligationsrechte und Verbindlichkeiten an. Zwar kann und darf der Creditor seine Forderung an einen Anderen cediren. Allein darin liegt keine wahre Aus-

nahme von jener Rechtsregel. Denn auch nach der erfolgten Cession bleibt, nach der Ansicht des römischen Rechtes, der Cedent der eigentliche Creditor, und der Cessionarius erhält im Grunde nur das Recht, als Bevollmächtigter des Cedenten, an dessen Stelle und für ihn den Betrag der Forderung klagend einzutreiben und dann freilich, in Folge des besonderen Mandatsverhältnisses, das Eincassirte auch selber für sich zu behalten. Gerade deßhalb drücken die Römer das Cediren durch die Redensart: actionem mandare aus, und nennen den Cessionarius procurator (in rem suam). Das hat sich auch, dem strengen allgemeinen Principe nach, im neuesten römischen Rechte erhalten. Nur ist es allmählig im Laufe der Zeiten dahin gekommen, daß, zur Erleichterung des Verkehres, in vielen Fällen die Cessionen, wo sie rechtlich verlangt werden können, stillschweigend für geschehen und die Wirkungen derselben für eingetreten gelten sollen, auch wo ein solches förmliches Mandatsverhältniß in der That nicht Statt gefunden hat.

Adquiritur nobis non solum per nosmetipsos, sed etiam per eos, quos in potestate habemus, item per homines liberos et servos alienos, quos bona fide possidemus. pr. Inst. II, 9. per quas personas cuique adquiritur.

Sunt praeterea quaedam actiones, quibus non semper solidum, quod nobis debetur, persequimur, sed modo solidum persequimur, modo minus: ut ecce, si in peculium filii servive agamus. Nam, si non minus in peculio sit, quam persequimur, in solidum dominus paterve condemnatur: si vero minus inveniatur, eatenus condemnat judex, quatenus in peculio sit. §. 36. Inst. IV, 6, de actionibus,

Quia tamen superius mentionem habuimus de actione, qua in peculium filiorumfamilias servorumve agitur, opus est, ut de hac actione et de ceteris, quae eorundem nomine in parentes dominosve dari solent, diligentius admoneamus. Et quia, sive cum servis negotium gestum sit, sive cum his, qui in potestate parentum sunt, eadem fere jura servantur: ne verbosa fiat disputatio, dirigamus sermonem in personam servi dominique, idem intellecturi de liberis quoque et parentibus, quorum in potestate sunt. Nam, si quid in his proprie servetur, separatim ostendemus.

Si igitur jussu domini cum servo negotium gestum erit, in solidum praetor adversus dominum actionem pollicetur, scilicet, quia is, qui ita contrahit, fidem domini sequi videtur. Eadem ratione praetor duas alias in solidum actiones pollicetur, quarum altera exercitoria, altera institoria appellatur. Exercitoria tunc

locum habet, cum quis servum suum magistrum navi praeposuerit, et quid cum eo, ejus rei gratia, cui praepositus erit, contractum fuerit. Ideo autem exercitoria vocatur, quia exercitor appellatur is, ad quem quotidianus navis quaestus pertinet. Institoria tunc locum habet, quum quis tabernae forte, aut cuilibet negotiationi servum praeposuerit, et quid cum eo, ejus rei causa, cui praepositus erit, contractum fuerit. Ideo autem institoria appellatur, quia, qui negotiationibus praeponuntur, institores vocantur. Istas tamen duas actiones praetor reddit, etsi liberum quis hominem, aut alienum servum navi, aut tabernae, aut cuilibet negotiationi praeposuerit, scilicet quia eadem aequitatis ratio etiam eo casu interveniebat. pr. §. 1. et 2. Inst. IV, 7. quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur.

Praeterea introducta est actio de peculio deque eo, quod in rem domini versum erit, ut, quamvis sine voluntate domini negotium gestum erit, tamen, si quid in rem ejus versum fuerit, id totum praestare debeat, sive quid non sit in rem ejus versum, id eatenus praestare debeat, quatenus peculium patitur. In rem autem domini versum intelligitur, quidquid necessario in rem ejus impenderit servus, veluti si mutuatus pecuniam creditoribus ejus eam solverit, aut aedificia ruentia fulserit, aut familiae frumentum emerit, vel etiam fundum, aut quamlibet aliam rem necessariam mercatus fuerit. §. 4. Inst. eod.

Quaecunque gerimus, quum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt; et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus. Paulus in fr. 11. D. XLIV, 7. de obligat. et act.

Quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum, sed opus est, ut, jubente me, tu ab eo stipuleris; quae res efficit, ut a me liberetur, et incipiat, tibi teneri; quae dicitur novatio obligationis.

Sine hac vero novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea, quasi cognitor, aut procurator meus, experiri. Gaius Comm. II. §. 38 et 39.

§. 124.

Mehrheit von Creditoren, oder Debitoren bei derselben obligatio.

Inst. lib. III. tit. 16. de duobus reis stipulandi et promittendi. — Dig. lib. XLV. tit. 2. de duobus reis constituendis. — Cod. lib. VIII tit. 40. de duobus reis stipulandi et promittendi.

Es liegt schon in dem natürlichen Begriffe der obligatio, daß zu ihrem rechtlichen Dasein immer wesentlich zwei verschiedene

Subjecte und Interessenten, ein Gläubiger und ein Schuldner, gehören. Denn man kann sich nicht selber etwas schuldig sein, und nicht etwas von sich selber zu fordern haben. Gerade deßhalb erlöscht auch mit Nothwendigkeit von selbst die bisherige obligatio, sobald, durch irgend ein Ereigniß, z. B. durch Beerbung, einer der beiden Interessenten, der Creditor, oder der Debitor, in dem anderen ganz aufgegangen ist. Aber umgekehrt kommen auch, bei einer und derselben Obligation, nicht leicht mehr, als Ein Gläubiger und Ein Schuldner vor.

Nur scheinbar leidet dieses Letztere eine Ausnahme bei der s. g. obligatio plurium pro rata. So nennt man den Fall, wo zwar mehrere Creditoren, oder mehrere Debitoren für dieselbe Obligationsleistung genannt werden, aber in der Art, daß von den mehreren Gläubigern jeder nur einen verhältnißmäßigen Theil des ganzen Leistungsobjectes zu fordern hat, von den mehreren Schuldnern jeder nur einen solchen verhältnißmäßigen Theil schuldig ist. Eine solche, dabei eintretende Theilung des Objectes der Gesammtleistung hat die Folge, daß, der Wirklichkeit nach, das scheinbare Verhältniß einer einzigen obligatio mit mehreren Gläubigern, oder Schuldnern sich in eben so viele mehrere, verschiedene Obligationen auflöst, als Personen da sind, in welche die Gesammtleistung sich zerspaltet, also als Creditoren und Debitoren dabei genannt werden. Es ist mehr blos ein willkürlicher Sprachgebrauch und daher ohne weitere rechtliche Folgen, daß der Betrag der mehreren einzelnen Obligationen, wegen irgend eines, vielleicht mehr blos zufälligen Zusammenhanges, in welchem sie zu einander stehen, z. B. weil sie sämmtlich zu gleicher Zeit und durch dasselbe Ereigniß begründet worden sind, im gemeinen Leben zuweilen in einen einzigen Gesammtbetrag zusammengerechnet und als eine einzige Leistung bezeichnet zu werden pflegt.

Anders verhält sich das freilich bei den s. g. Solidarobligationen. So läßt sich nämlich zweckmäßig bezeichnen der Fall, wo wirklich von den vorhandenen mehreren Creditoren jeder den ganzen Betrag der Leistung, das solidum, zu fordern, oder von den mehreren vorhandenen Debitoren jeder jenes Ganze, solidum, zu leisten hat. Hat indessen, was allerdings bei gewissen Solidarobligationen vorkommt, dann ein jeder dieser Gläubiger, oder Schuldner das Ganze zu fordern, oder zu leisten, ohne

Rücksicht darauf, ob schon einer von ihnen dasselbe geleistet erhalten, oder einer von ihnen es bezahlt hat, so löst sich im Grunde das Verhältniß wieder in eben so viele Obligationen auf, als, der Zahl nach, Gläubiger, oder Schuldner dabei genannt werden. Nur wegen des gleichzeitigen Ursprunges dieser mehreren Obligationen aus demselben obligatorischen Factum, pflegt man sie als eine einzige Obligatio mit mehreren Creditoren, oder mit mehreren Debitoren zu bezeichnen und zusammen zu fassen. So z. B. die Verpflichtung mehrerer, aus demselben gemeinschaftlich begangenen Delicte, zur Bezahlung der dadurch von jedem verwirkten ganzen Privatstrafe.

Nun giebt es aber allerdings auch Fälle von Solidarobligationen, in denen, sei es nun im Gefolge von besonderer, individueller Bestimmung, namentlich von Verabredungen, oder von testamentarischen Vorschriften, oder sei es im Gefolge allgemeiner gesetzlicher Bestimmungen, zwar von den mehreren Mitcreditoren jeder wirklich für sich das Ganze zu fordern, von den mehreren Mitdebitoren jeder wirklich für sich das Ganze zu leisten hat, jedoch nur in der Art und in der Beschränkung, daß jenes Ganze jedenfalls immer blos Ein Mal zu leisten ist. Eine Folge davon ist es dann, daß, wenn einer der mehreren Mitcreditoren ein Mal das Ganze geleistet erhalten hat, dadurch zugleich eo ipso auch die Forderung der Uebrigen erlöscht, desgleichen, daß, wenn einer der mehreren Mitdebitoren ein Mal das Ganze geleistet hat, dadurch zugleich eo ipso auch die Uebrigen ihre Schuldverbindlichkeit los werden. Uno solvente reliqui liberantur. Auch hier ist indessen, dem praktischen Erfolge, der exactio nach, nur Ein Creditor, oder Ein Debitor vorhanden, weil ja nicht der Eine und der Andere, sondern nur der Eine, oder der Andere das Ganze zu fordern, oder zu bezahlen hat. Das Eigenthümliche dabei ist nur der Umstand, daß es, bei der Entstehung einer solchen Obligatio, vorerst noch unbestimmt bleibt, und erst im Erfolge sich zeigt, wer von den mehreren Creditoren das Ganze erhalten, wer von den mehreren Debitoren das Ganze bezahlen wird. Jedenfalls steht es dem gemeinschaftlichen Gläubiger frei, beliebig unter den mehreren Mitdebitoren Einen zu wählen und gegen diesen klagend auf Bezahlung des solidum zu dringen. Denn in der That ist jeder Einzelne derselben, der Strenge nach,

für seine Person das Ganze schuldig. Indessen bleibt es dem Gläubiger unbenommen, wenn er das vorzieht, den Schuldgegenstand zu theilen und gegen jeden Mitschuldner nur eine rata einzuklagen. Ja, unter gewissen Umständen kann sogar der auf das Ganze Verklagte eine solche vorzunehmende Theilung, als Recht, verlangen. Dieses beneficium s. auxilium divisionis beruht zunächst auf einer epistola Divi Hadriani, wodurch es freilich nur für einen besonderen Fall eingeführt wird, für den Fall, wo sich mehrere zusammen verbürgt haben. Späterhin ist es jedoch auch anderen solidarischen Mitdebitoren, doch keineswegs unbedingt allen, eingeräumt worden. Was nun den Namen für dergleichen Solidarobligationen betrifft, so nennt man sie zwar heut zu Tage oft ganz allgemein Correalobligationen, die Mitgläubiger correi s. plures rei stipulandi (credendi), die Mitschuldner correi s. plures rei promittendi (debendi). Aber unsere Rechtsquellen brauchen diese Ausdrücke auch noch in einem engeren Sinne, zur Bezeichnung gewisser besonderer Fälle dieser Art, welche in der That manches Eigene haben.

In hujusmodi obligationibus et stipulationibus solidum singulis debetur, et promittentes singuli in solidum tenentur. In utraque tamen obligatione una res vertitur, et vel alter debitum accipiendo, vel alter solvendo, omnium perimit obligationem et omnes liberat. Ex duobus reis promittendi alius pure, alius in diem, vel sub conditione obligari potest; nec impedimento erit dies aut conditio, quo minus ab eo, qui pure obligatus est, petatur. §. 1 et 2. Inst. III, 17. de duobus reis stipulandi et promittendi.

Si plures sint fidejussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur. Itaque liberum est creditori, a quo velit, solidum petere. Sed ex epistola Divi Hadriani compellitur creditor, a singulis, qui modo solvendo sunt litis contestatae tempore, partes petere. Ideoque, si quis ex fidejussoribus eo tempore solvendo non sit, hoc ceteros onerat. Sed, si ab uno fidejussore creditor totum consecutus fuerit, hujus solius detrimentum erit, si is, pro quo fidejussit, solvendo non sit, et sibi imputare debet, cum potuerit juvari ex epistola D. Hadriani et desiderare, ut pro parte in se detur actio. §. 4. Inst. III, 21. de fidejussoribus.

Ubi duo rei facti sunt, potest vel ab uno eorum solidum peti; hoc est enim duorum reorum, ut unusquisque eorum in solidum sit obligatus, possitque ab alterutro peti; et partes autem a singulis peti posse, nequaquam dubium est; quemadmo-

dum et a reo et fidejussore petere possumus. Utique enim, cum una sit obligatio, una et summa est; ut, sive unus solvat, omnes liberentur, sive solvatur ab altero, liberatio contingat. Ulpianus in fr. 3. §. 1. D. XLV, 2. de duobus reis constituendis.

Refert autem haec ad speciem, in qua vult ostendere, non esse novum, ut duae obligationes in unius persona concurrant. Est autem species talis: si reus promittendi reo promittendi heres exstiterit, duas obligationes sustinet. Item, si reus stipulandi exstiterit heres rei stipulandi, duas species obigationis sustinebit. Plane, si ex altera earum egerit, utramque consumet; videlicet, quia natura obligationum duarum, quas haberet, ea esset, ut cum altera earum in judicium deduceretur, altera consumeretur. Ulpianus in fr. 5. D. XLVI, 1. de fidejussoribus et mandatoribus.

Zweites Capitel.

Entstehung und Begründung der Obligationen.

§. 125.

Einleitende Vorbemerkungen.

Die mancherlei verschiedenen Entstehungsgründe von Obligationen lassen sich am einfachsten auf folgende zwei, schon in dem allgemeinen Begriffe des Privatvermögens liegende, zurückführen. Eine Obligation kann vorerst begründet werden durch den eigenen Willen des zu Verpflichtenden, indem er dem Anderen eine Leistung anträgt, verspricht, und der Andere, durch Annahme, das Versprechen zum Theil seines Vermögens macht. Der Grund kann aber auch, ganz ohne Rücksicht auf ein derartiges zusammentreffendes Wollen des Schuldners und Gläubigers, in einer widerrechtlichen Beeinträchtigungshandlung liegen, indem Jemand dadurch Schuldner eines Anderen wird, daß er diesem Anderen etwas von seinem Vermögen entzogen hat und dieses ihm wieder erstatten muß.

Beide Entstehungsgründe der Obligationen lassen nun aber freilich in den positiven Rechten sehr mannigfache Modificationen und daneben gewisse, zwischen beiden in der Mitte liegende Entstehungsgründe zu.

Damit hängt zusammen, daß die Römer, nach vollständiger Ausbildung ihres Obligationensystemes, die vielen von ihnen anerkannten, verschiedenartigen Obligationen, soweit sie klagbar waren, ihrem Entstehungsgrunde nach, auf gewisse Hauptrubriken zurückzuführen suchen. Hiernach leiten sie alle Obligationen ab, entweder ex contractu, oder ex delicto s. maleficio, oder ex variis causarum figuris. Die variae causarum figurae, als sehr allgemeine Rubrik, lassen sie, um sie den beiden obigen Entstehungsgründen mehr anzuschließen, noch weiter in zwei Unterabtheilungen zerfallen, wonach gewisse Obligationen quasi ex contractu, gewisse andere quasi ex delicto abgeleitet werden. So erhalten wir, je nachdem wir uns auf die variae causarum figurae, als Hauptrubrik, beschränken, oder uns an jene Unterrubriken halten, drei, oder vier Entstehungsgründe der Obligationen.

Uebrigens ist nicht zu verkennen, daß diese ganze Classificirung, welche sich überhaupt nur auf die klagbaren Obligationen, die obligationes im strengeren Sinne, beschränkt, weniger auf innere, als auf gewisse, mehr zufällige, rein äußere historische Gründe gebaut ist. Auch lassen sich kaum alle möglichen Obligationen, selbst wenn man sich auf die klagbaren beschränkt, darunter bringen. Darum genügt sie in der That nicht zur Grundlage eines mehr philosophischen, auf das eigentliche Wesen und den charakteristischen Inhalt der Forderungen gebauten, erschöpfenden Obligationensystemes. Wohl aber scheint sie sich trefflich zu eignen zu einer kurzen, rein geschichtlichen Entwickelung des römischen Obligationenrechtes, wie sie gerade der Institutionenvorlesung angemessen ist.

Obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure, ex variis causarum figuris. Gaius in fr. 1. pr. D. XLIV, 7. de obligat. et act.

Sequens divisio in quatuor species deducitur. Aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio. §. 3. Inst. III, 13. de obligationibus.

Erster Titel.

Von den Obligationen, welche ex contractu entstehen.

§. 126.

Die Verträge im Allgemeinen.

Inst. lib. III. tit. 15. de verborum obligatione. tit. 20. de inutilibus stipulationibus. — Dig. lib. II. tit. 14. de pactis. — Dig. lib. XLV. tit. 1. de verborum obligationibus. — Cod. lib. II. tit. 3. de pactis.

Auszugehen ist hier von denjenigen Rechtsgeschäften, welche schon oben[1]) als Verträge bezeichnet wurden.

Vertrag, im weitesten Sinne des Wortes, heißt eine jede Uebereinkunft mehrerer Personen, wodurch sie sich über irgend einen, sie interessirenden Punkt vereinigen, vertragen. Dergleichen Verträge können auch nichtjuristische Angelegenheiten betreffen und gehen uns insofern hier weiter gar nicht an. Wohl aber dann, wenn sie Rechtsverhältnisse, welche dadurch bedingt, oder modificirt werden sollen, zum Gegenstande haben. Es spielen sogar Verträge der letzteren Art, sowohl im öffentlichen, als im Privatrechte, eine sehr bedeutende Rolle, und es giebt eine ganze Reihe von wichtigen Rechtsgeschäften, welche auf eine solche Uebereinkunft Mehrerer in der Art gebaut sind, daß sie ohne dieselbe gar nicht zu Recht bestehen können.

Aus der großen Menge dieser Verträge im weiteren Sinne des Wortes gehören indessen hierher, wo von den Entstehungsgründen der Obligationen die Rede ist, nur diejenigen, bei welchen die Uebereinkunft der Mehreren dahin geht, daß Einer dem Anderen eine obligationsmäßige Leistung verspricht, der Andere dieses Versprechen annimmt. Solche Verträge bilden die natürlichste, ursprünglichste und häufigste Entstehungsart der Obligationen, so wie die Grundlage des ganzen Vermögensverkehres. Der allgemeine Name dafür in der römischen Rechtssprache ist conventiones, pactiones, pacta conventa. Die contractus bilden nur eine, freilich sehr wichtige Unterart davon.

Das obligatorische Princip solcher Verträge liegt nun ledig-

[1]) S. oben §. 47 a.

lich in der gegenseitigen Uebereinkunft der dabei betheiligten Personen, in dem mutuus consensus, d. h. in dem Zusammentreffen der beiderseitigen Willenserklärungen, des bestimmten Versprechens einer Leistung von Seiten der einen Person und der Annahme dieses Versprechens von Seiten derjenigen anderen Person, an welche jenes Versprechen gerichtet war. Es sind daher nur besondere Ausnahmefälle, wenn, nach dem jus civile, unter gewissen Umständen, schon das bloße einseitige Versprechen einer Leistung, auch ohne erfolgte Acceptation desselben, also ohne bereits in einen wahren Vertrag übergegangen zu sein, den Versprechenden rechtlich verpflichtet. Dahin gehört das votum, das einseitige Versprechen einer Leistung zu religiösen Zwecken, und die pollicitatio. Unter dieser letzteren versteht das römische Recht das einseitige, auf Bezahlung einer Summe Geld, oder Errichtung eines opus publicum gerichtete Versprechen, insofern es einer Stadtgemeinde geschehen ist. Doch soll selbst hier der Versprechende, der Pollicitant, der Stadtgemeinde gegenüber, nur dann dadurch verpflichtet werden, wenn entweder er einen besonderen Bewegungsgrund, eine causa, wodurch er zu dem Versprechen bewogen worden ist, ausgesprochen hat, oder doch wenigstens von seiner Seite mit der Ausführung des Versprechens, namentlich mit dem zu errichtenden opus, bereits der Anfang gemacht worden ist.

Aus diesem angegebenen Begriffe des Vertrages folgt schon von selbst, daß Personen, welche juristisch gar keines Willens fähig sind, auch keinen Vertrag abschließen können. Eben so, daß Personen, welche nur einen unvollständigen, durch fremden Beistand erst zu ergänzenden Willen haben, oft auch, zu der vollwirksamen Abschließung von Verträgen, dieses fremden Beistandes bedürfen, nämlich überall, wo sie, für ihre Person, durch den Vertrag Anderen verpflichtet werden sollen. Es folgt daraus ferner, daß von den beiden paciscirenden Personen der consensus auf eine äußerlich erkennbare Weise an den Tag gelegt, erklärt werden muß; wobei es jedoch, wo nicht besondere Verhältnisse eine bestimmte Form vorschreiben, ganz einerlei ist, auf welche Art und in welcher Form die Willenserklärung geschieht. Soll endlich der Vertragsconsens in jeder Beziehung fehlerlos sein, so muß er nicht blos äußerlich an den Tag gelegt, sondern auch innerlich ohne Fehler, nämlich ernstlich gemeint und weder

durch widerrechtliche Gewalt, vis, oder metus, noch durch unerlaubten Betrug, dolus, noch durch einen verzeihlichen Irrthum, error s. ignorantia, veranlaßt worden sein. Denn sonst ist, den Umständen nach, der darauf gebaute Vertrag entweder schon an sich ungültig, oder es stehen doch wenigstens dem Gezwungenen, Betrogenen, oder Irrenden mancherlei Rechtsmittel zu Gebote, um sich hinterdrein gegen die ihm nachtheiligen Folgen eines solchen Vertrages zu sichern.

Seinem Inhalte nach, kann der Vertrag, insofern nicht für gewisse Arten desselben Prohibitivgesetze besondere Beschränkungen vorschreiben, auf jede obligationsmäßige Leistung gerichtet sein. Er kann ferner eben so wohl pure, als unter Hinzufügung von Nebenbestimmungen und Clauseln, namentlich von Bedingungen, conditiones, Suspensiv- und Resolutivbedingungen, oder von Zeitterminen, Anfangs- und Endterminen, dies, abgeschlossen werden.[1])

Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus.

Conventionis verbum generale est, ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt, qui inter se agunt. Nam, sicuti convenire dicuntur, qui ex diversis locis in unum locum colliguntur, et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est, in unam sententiam decurrunt. Adeo autem conventionis nomen generale est. ut eleganter dicat Pedius, nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re, sive verbis fiat. Ulpian. in fr. 1. §. 2 et 3. D. II, 14. de pactis.

Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum; et ideo illud est constitutum, ut, si ob honorem pollicitatio fuerit facta, quasi debitum exigatur. Sed et coeptum opus, licet non ob honorem promissum, perficere promissor eo cogetur. Idem in fr. 3. pr. D. L, 12. de pollicitationibus.

Si quis rem aliquam voverit, voto obligatur. Idem in fr. 2. pr. D. eod.

Ait Praetor: pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo. Idem in fr. 7. §. 7. D. eod.

Hujus edicti aequitas naturalis est. Quid enim tam con-

[1]) Vergl. oben §. 47.

gruum fidei humanae, quam ea, quae inter eos placuerunt, servari? Idem in fr. 1. pr. D. eod.

Furiosum, sive stipuletur, sive promittat, nihil agere, natura manifestum est. — Huic proximus est, qui ejus aetatis est, ut non intelligat, quid agatur. Sed quod ad hunc, benignius acceptum est; nam, qui loqui potest, creditur et stipulari et promittere recte posse. Gaius in fr. 1. §. 12 et 13. D. XLIV, 7. de obligat. et actionibus.

In negotiis contrahendis alia causa habita est furiosorum, alia eorum, qui fari possunt, quamvis actum rei non intelligerent. Nam furiosus nullum negotium contrahere potest, pupillus omnia tutore auctore agere potest. Paulus in fr. 5. D. L, 17. de reg. juris.

Nihil consensui tam contrarium est, qui et bonae fidei judicia sustinet, quam vis atque metus, quem comprobare, contra bonos mores est.

Non videntur, qui errant, consentire. Idem in fr. 116. pr. et §. 2. D. L, 17. de reg. jur.

Labeo ait, convenire posse vel re, vel per epistolam, vel per nuntium; inter absentes quoque posse, vel etiam tacite consensu convenire, intelligitur. Paulus in fr. 2. D. II, 14. de pactis.

Omnis stipulatio aut pure, aut in diem, aut sub conditione fit. Pure, veluti: quinque aureos dare spondes? idque confestim peti potest. In diem, cum, adjecto die, quo pecunia solvatur, stipulatio fit, veluti: decem aureos primis Calendis Martiis dare spondes? Id autem, quod in diem stipulamur, statim quidem debetur, sed peti prius, quam dies veniat, non potest. — Sub conditione stipulatio fit, cum in aliquem casum differtur obligatio, ut, si aliquid factum fuerit, aut non fuerit, stipulatio committatur, veluti: si Titius consul factus fuerit, quinque aureos dare spondes? — Ex conditionali stipulatione tantum spes est, debitum iri, eamque ipsam spem transmittimus, si, priusquam conditio existat, mors nobis contigerit. §. 2—4. Inst. III, 15. de verborum obligatione.

Si impossibilis conditio obligationibus adjiciatur, nihil valet stipulatio. §. 11. Inst. III, 19. de inutilibus stipulationibus.

§. 127.

Die contractus, im Gegensatze der bloßen pacta.

Die Verträge können, unbeschadet ihrer allgemeinen Natur, sehr verschiedener Art sein, in Rücksicht ihrer Form, ihres Inhaltes, ihrer causa, ihrer Wirksamkeit und geschichtlichen Entwickelung. Ganz besonders wichtig ist, in mehreren dieser Be-

ziehungen, die Unterscheidung der contractus und der bloßen pacta.

Es lag ganz in dem schon oben[1]) angedeuteten Geiste des römischen Obligationenrechtes, daß ursprünglich Verträge nur unter großen formellen Beschränkungen, mit voller Wirksamkeit und Klagbarkeit, von dem Civilrechte anerkannt wurden. Diese schon nach dem älteren Civilrechte als klagbar anerkannten Verträge hießen, in dem römischen Obligationensysteme, vorzugsweise und allein contractus. Ihr Begriff ist hiernach weit enger, als der der Verträge, indem nicht alle rechtsgültigen Verträge darunter fielen. Denn, auch als späterhin vom römischen Rechte andere Verträge, wenigstens insofern juristisch berücksichtigt wurden, als sie eine exceptio und überhaupt eine naturalis obligatio begründeten; so bezeichnete man sie, im Gegensatze jener klagbaren, der contractus, als bloße pacta. Ja, nicht einmal auf alle klagbaren Verträge erstreckte sich der Begriff und Name der contractus. Denn das charakteristische Merkmal jener contractus war nicht blos und allein ihre Klagbarkeit, sondern vielmehr auch zugleich der historische Umstand, daß sich diese ihre Klagbarkeit schon auf die Bestimmungen des älteren Civilrechtes stützte. Daher war es auch ganz consequent, daß die Römer, als späterhin entweder das neuere Civilrecht, oder auch das prätorische Recht aus manchen jener ursprünglichen pacta eine actio gestattete, diese keineswegs deßhalb auch in den damals schon längst historisch geschlossenen Kreis der contractus aufnahmen, sondern sie, trotz ihrer nunmehrigen Klagbarkeit, immer noch als pacta, nämlich als klagbare pacta, bezeichneten.[2]) Nur eine scheinbare Ausnahme davon macht der contractus emphyteuticarius. Denn, obgleich ihm, als einem eigenthümlichen, selbstständigen Vertrage, erst eine Constitution von Kaiser Zeno, also erst eine Vorschrift des neueren Civilrechtes, seine jetzige Gestaltung, Benennung und Klage gegeben, so war es doch sehr natürlich, daß er, auf ausdrücklichen Befehl von Zeno, den Namen contractus erhielt, weil er ja schon bisher als contractus gegolten hatte und jedenfalls aus zwei, von Alters her anerkannten Contracten, der emtio

[1]) S. §. 122.

[2]) S. weiter unten. §. 139. u. 142.

venditio und der locatio conductio, zusammengesetzt war.[1])

Das ältere Civilrecht brachte die Klagbarkeit der von ihm anerkannten Contracte mit gewissen, bei ihrem Abschlusse eingetretenen, formellen Begebenheiten in Verbindung. Diese Begebenheiten, die entweder schon in dem Wesen eines jeden Vertrages liegen, oder noch besonders zu der Verabredung hinzutreten, pflegt man heut zu Tage die causae civiles zu nennen. Es ist demnach diese causa civilis, als etwas blos Formelles, nicht zu verwechseln mit einer gewissen materiellen causa, welche einem jeden Versprechen, wenn seine Acceptation eine obligatio zur Folge haben soll, zum Grunde liegen muß. Letztere kann beruhen entweder auf Schenkung oder auf Vergeltung, oder auf Tilgung einer bereits bestehenden obligatio.

Was nun die geschichtliche Entwickelung dieser causae civiles betrifft, so war die älteste Art derselben wohl das nexum, die obligatio per aes et libram, indem bei dem Abschlusse des Vertrages die Mancipationsform beobachtet wurde. Der Grundgedanke dabei war der, daß eine vertragsmäßige Verabredung nur dann civilrechtliche Wirksamkeit habe, wenn sie theils in eine genau bestimmte, äußere Form eingekleidet worden, theils sich aber auch zugleich die Absicht des Contrahenten in einer solennen Weise entschieden ausgesprochen hatte. Eine solche äußere Form nun, in welche, wenn nicht alle, doch die meisten obligatorischen Rechtsgeschäfte damals eingekleidet werden konnten, bot das nexum dar. Die Interessenten selbst gaben dabei vor Zeugen ihre, auf ein bestimmtes Contrahiren gerichtete Absicht äußerlich zu erkennen, der Eine, indem er durch sofortige Hingabe des aes, als des Kaufgeldes, also durch eine res, sich den Anspruch auf eine bestimmte Gegenleistung erkaufte, der Andere, indem er, durch Annahme des ihm gebotenen aes, dafür einen bestimmten Leistungsanspruch verkaufte. Der speciellere Inhalt der für das aes versprochenen Leistung wurde durch gewisse solenne Worte, nuncupatio, verba, ausgesprochen. Aus diesem nexum entsprang eine so strenge obligatio, daß sie in ihrer Wirkung dem judicatum gleichstand, und daß ihr Abläugnen den Debitor hinterdrein sogar zum Duplum verpflichtete. Auch

[1]) S. oben §. 111.

konnte, der Strenge nach, die in Form eines solchen nexum contrahirte obligatio nur in derselben Form, per aes et libram, wieder aufgehoben, gelöst werden. Nexi liberatio.

In dem nexum finden sich im Grunde immer schon vereinigt zwei, späterhin getrennte causae civiles, die res und die verba. Daher lag schon eine Vereinfachung des Contractssystemes in dem Gedanken, daß schon eine derselben zur formellen Begründung eines contractus genüge. Schon durch die reelle Annahme der angebotenen Leistung, res, ohne hinzutretende solenne verba, verpflichtete man sich klagbar zu der versprochenen Gegenleistung. Re contrahitur obligatio. Eben so konnte man sich aber auch schon allein durch das Aussprechen gewisser solenner Worte vollkommen klagbar verpflichten. Verbis contrahitur obligatio. Mit diesem geschichtlichen Entwickelungsgange steht auch keineswegs im Widerspruche der Umstand, daß die stipulatio, als Form der verborum obligatio, ebenfalls sehr alt ist. Denn nichts desto weniger war doch wohl das nexum noch älteren Ursprunges, indem es entschieden noch über die Zwölftafeln hinausreicht.

Ebenfalls schon sehr früh, wenn auch wohl der Zeit nach etwas später, hatte sich der Grundsatz gebildet, daß auch ohne nexum, ohne res und ohne verba, blos durch das Dasein gewisser schriftlicher Aufsätze, literae, eine klagbare obligatio begründet werden könne. Literis contrahitur obligatio.

Zuletzt, am spätesten, rein dem jus gentium entlehnt und durch das Bedürfniß des zu erleichternden täglichen Verkehres herbeigeführt, kam der Grundsatz auf, daß gewisse Vereinbarungen, ganz ohne Rücksicht auf irgend eine der bisher erwähnten besonderen causae civiles, schon durch die bloße einfache gegenseitige Uebereinkunft der Interessenten klagbar sein sollten. Consensu contrahitur obligatio.

Nexum est, ut ait Gallus Aelius, quodcunque per aes et libram geritur, idque necti dicitur. Quo in genere sunt haec: testamenti factio, nexi datio, nexi liberatio. Festus voc. nexum.

Nexum Mucius Scaevola scribit, quae per aes et libram fiant, ut obligentur, praeterquam quae mancipio dentur. Varro de ling. lat. Lib. VI. §. 5.

Quum nexum faciet mancipiumque, uti lingua

nuncupassit, ita jus esto. Angebliche Worte der Zwölftafeln.

Nam, cum ex XII tabulis satis esset, ea praestare, quae essent lingua nuncupata, quae qui inficiatus esset, dupli poenam subiret cet. Cic. de offic. III. c. 16.

Veluti, si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum est. Gai. Comm. III. §. 173.

§. 128.

Von den Contractsklagen.

Jeder wahre contractus, als solcher, begründet nun zwar für den debitor eine klagbare Verpflichtung, und für den creditor eine actio, jedoch mit folgender Unterscheidung. Gewisse Contracte verpflichten, schon ihrem eigenthümlichen Inhalte nach, wesentlich und nothwendig beide Contrahenten, begründen ultro citroque eine klagbare obligatio, während gewisse andere Contracte zunächst nur den Einen Contrahenten klagbar verpflichten. Im ersteren Falle entspringt aus dem Contracte, welcher dann zuweilen vorzugsweise von den römischen Juristen als contractus, oder mit dem griechischen Worte synallagma bezeichnet wird, zwar immer für jeden der beiden Contrahenten eine actio, aber bald für beide dieselbe, bald für jeden eine eigene besondere, je nachdem die wechselseitig übernommenen Verpflichtungen für beide Contrahenten dieselben sind, oder für jeden besondere. Im letzteren Falle entspringt aus dem Contracte freilich zunächst immer nur für den Einen Contrahenten eine Klage. Doch kann selbst hier zuweilen ausnahmsweise, in Folge des zufälligen Hinzutretens gewisser Umstände, z. B. wegen von ihm gemachter Auslagen, deren Ersatz er zu fordern berechtigt ist, oder wegen von dem Mitcontrahenten verschuldeter culpa, welche prästirt werden muß, auch der andere Contrahent eine Klage erhalten, wodurch der Contract, für dieses Mal, einen gewissen Charakter der Zweiseitigkeit annimmt. Diese Klage führt dann zwar denselben Namen, wie die ursprüngliche und regelmäßige, erhält aber, um damit anzudeuten, daß sie nicht nothwendig schon in dem Wesen des Contractes, sondern nur mehr in zufälligen Umständen ihren Grund hat, den Zusatz: contraria actio, im Gegensatze der directa actio. Uebrigens kann ein solches contrarium judicium möglicherweise nur bei

ſolchen einſeitigen Contracten, welche bonae fidei ſind, vorkommen, nie aber bei ſolchen, die, ihrem Weſen nach, stricti juris ſind.

Labeo — definit — contractum (esse) ultro citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant, veluti emtionem, venditionem, locationem, conductionem, societatem. Ulpianus in fr. 19. D. L, 16. de verb. signific.

Possunt justae causae intervenire, ex quibus cum eo, qui commodasset, (contrario judicio) agi deberet; veluti de impensis in valetudinem servi factis, quaeve post fugam, requirendi reducendique ejus causa, factae essent. Gaius in fr. 18. §. 2. D. XIII, 6. de pigneraticia actione vel contra.

I.

Darſtellung des reinen urſprünglichen Contractsſyſtemes.

§. 129.

Die Obligationen, welche re contrahirt werden.

Gai. Comm. lib. III. §. 89 sq. — Inst. lib. III. tit. 14. quibus modis re contrahitur obligatio. — Dig. lib. XII. tit. 1. de rebus creditis. — Dig. lib. XIV. tit. 6. de senatusconsulto Macedoniano. — Cod. lib. IV. tit. 1. de reb. cred. — Dig. lib. XIII. tit. 6. commodati vel contra. — Cod. lib. IV. tit. 23. de commodato. — Dig. lib. XVI. tit. 3. depositi vel contra. — Cod. lib. IV. tit. 34. depositi vel contra. — Cod. lib. XIII. tit. 7. de pigneraticia actione vel contra. — Cod. lib. IV. tit. 4. de pigneraticia actione.

Die Römer heben vier ſpecielle Contracte hervor, welche das Gemeinſchaftliche haben, daß Jemand, in Gemäßheit der vorausgegangenen Vereinbarung, durch die Annahme einer ihm zu dieſem Zwecke gegebenen Sache, res, ſich dem Geber klagbar verpflichtet, ihm eine Sache, und zwar gerade dieſelbe Sache, wieder zurückzugeben. Dieſe Contracte heißen: mutuum, commodatum, depositum und pignus. An und für ſich ſind ſie regelmäßig einſeitig verpflichtende Contracte. Denn es entſpringt aus jedem derſelben, zunächſt nur für den Geber gegen den Empfänger, eine beſonders benannte Klage auf Rückgabe der hingegebenen Sache. Indeſſen, als contraria actio, wird ſie, auch zuweilen dem Empfänger gegen den Geber, zu einem anderen, mehr zufällig eintretenden Zwecke geſtattet. Nur die

Klage aus dem mutuum macht eine Ausnahme, aus dem einfachen Grunde, weil dieser Contract rein und streng stricti juris ist.

I. Das mutuum, res creditae, der Darlehnscontract. Er wird abgeschlossen dadurch, daß der eine Contrahent, mutuo accipiens, oder schlechtweg debitor genannt, in Folge einer vorausgegangenen, darauf gerichteten Verabredung, sich, durch die Annahme einer ihm von dem anderen Contrahenten, dem mutuo dans, auch creditor schlechtweg genannt, zu diesem Zwecke ausbezahlten und zum Eigenthume übertragenen Summe von res, quae pondere, numero vel mensura constant, dem Geber verpflichtet, ihm nach einiger, bald mehr, bald weniger fest bestimmter Zeit, eine gleich große Summe dieser selben Sachen (in genere) zurückzubezahlen.

Die Klage, welche hieraus dem Creditor zusteht, heißt actio mutui, s. condictio certi ex mutuo, ist rein stricti juris und geht lediglich auf Rückzahlung des creditum, der bestimmten Darlehnssumme. Deßhalb kann auch der Gläubiger damit niemals Zinsen vom Darlehnscapitale eintreiben, weder Verzugszinsen, noch durch einen Nebenvertrag verabredete Zinsen, weil beide schon an sich dem Wesen des mutuum, als stricti juris contractus, widersprechen. Ein klagbarer Anspruch des Gläubigers daneben auch auf ihm versprochene Zinsen, s. g. Conventionalzinsen, ist zwar möglich; er beruht aber dann nicht auf dem Darlehnscontracte, sondern auf einem besonderen, selbstständig für sich bestehenden, in Stipulationsform abgeschlossenen Zinscontracte. Die Zinsen werden deßhalb auch nicht mit der Darlehnsklage, sondern mit der Klage aus jenem Stipulationscontracte eingetrieben.

Eigenthümlich und für das ältere römische Recht besonders wichtig war der Umstand, daß bei geliehenem baaren Gelde, pecunia credita, ein ungewöhnlich strenges Verfahren gegen die Person des Schuldners Statt fand. Das ist im neueren römischen Rechte weggefallen. Dagegen findet sich umgekehrt dort in der Vorschrift des senatusconsultum Macedonianum eine besondere Beschränkung für die Wirksamkeit des einem filiusfamilias, ohne Wissen und Zustimmung seines Vaters, gegebenen Gelddarlehns.

II. Das commodatum, der Leihecontract. Er wird

abgeschlossen dadurch, daß, in Folge einer vorausgegangenen, darauf gerichteten Verabredung, der eine Contrahent, der commodatarius, sich von dem anderen Contrahenten, dem commodans, eine Sache, zu dem Zwecke eines, der Zeitdauer und Art nach, bestimmten und zwar unentgeltlichen Gebrauches derselben, übergeben läßt.

Die Klage, welche daraus der Commodant gegen den Commodatar, jedoch natürlich erst nach beendigter Gebrauchszeit, auf die Zurückgabe derselben Sache (in specie) erhält, heißt commodati actio und ist bonae fidei. Sie steht natürlich nur dem Commodanten zu, wird jedoch, als contraria actio, unter Umständen auch dem Commodatar gegen den Commodanten, zu anderen mehr blos zufälligen Zwecken, gestattet. Der Commodatar haftet für jede, selbst die geringste culpa, während der Commodant nur dolus und lata culpa prästirt.

Von dem commodatum unterscheidet sich das precarium wesentlich dadurch, daß letzteres gar kein Contract, ja nicht ein Mal ein festes Rechtsgeschäft ist. Denn, obgleich auch der precario dans dem Anderen eine Sache zum unentgeltlichen Gebrauche überläßt, so erhält doch der Empfänger, precario accipiens, dadurch kein festes bestimmtes Recht auf den Gebrauch der Sache. Er muß vielmehr zu jeder Zeit bereit sein, die Sache dem Geber, der zu diesem Zwecke ein interdictum de precario hat, auf dessen Verlangen zurückzugeben.

III. Das depositum, der Hinterlegungscontract. Er wird abgeschlossen dadurch, daß, in Folge einer vorausgegangenen, darauf gerichteten Verabredung, der eine Contrahent, der depositarius, eine ihm von dem anderen Contrahenten, dem deponens, anvertraute bewegliche Sache annimmt, mit dem Versprechen, dieselbe eine Zeit lang, und zwar unentgeltlich, für den Letzteren aufzuheben und ihm zunächst, sobald er es verlangt, in specie zu restituiren.

Die Klage, welche daraus der Deponent gegen den Depositar, auf Zurückgabe der anvertrauten Sache erhält, heißt actio depositi (directa), ist bonae fidei und infamirt den daraus wegen verweigerter Rückgabe verurtheilten Depositar, als einen Treulosen. Sie steht eigentlich nur dem Deponenten zu, wird aber unter Umständen, als contraria actio, auch dem Depositar gegen den Deponenten, zu gewissen anderen mehr zufälligen Zwecken, gestattet. Der Deponent haftet aus dem

Contracte für jede culpa, der Depositar nur für dolus und lata culpa.

IV. Das pignus, der contractus pigneraticius, der Verſatzcontract. Er wird abgeſchloſſen dadurch, daß, nach desfalls getroffener Verabredung, ein Gläubiger, zur Sicherung ſeiner obligatio, ſich entweder von ſeinem Schuldner, oder von einem Anderen eine Sache zum Fauſtpfande, pignus, in Verſatz geben und demgemäß zum Beſitze überliefern läßt.

Die Klage, welche daraus der Verpfänder auf Reſtitution der Sache erhält, ſobald das Pfandrecht auf eine andere Weiſe, als auf dem Wege der Pfandveräußerung erloſchen iſt, heißt pigneraticia actio (directa), und iſt bonae fidei. Auch ſie ſteht, als contraria actio, unter Umſtänden zuweilen dem Pfandgläubiger gegen den Verpfänder zu, z. B. wegen erfolgter Eviction der Pfandſache. Beide Contrahenten haften einander aus dem Contracte für jede culpa.

Re contrahitur obligatio, veluti mutui datione. Mutui autem datio in iis rebus consistit, quae pondere, numero mensurave constant, veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, aere, argento, auro: quas res aut numerando, aut metiendo, aut adpendendo in hoc damus, ut accipientium fiant. Et quandoque nobis non eaedem res, sed aliae ejusdem naturae et qualitatis redduntur; unde etiam mutuum appellatum sit, quia ita a me tibi datur, ut ex meo tuum fiat. Et ex eo contractu nascitur actio, quae vocatur condictio. pr. Inst. III, 14. quibus modis re contrahitur obligatio.

Mutuum damus recepturi non eandem speciem, quam dedimus, (alioquin commodatum erit, aut depositum,) sed idem genus. Nam, si aliud genus, veluti, ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum. Paulus in fr. 2. pr. D. XII, 1. de rebus creditis.

Verba senatusconsulti Macedoniani haec sunt: cum inter ceteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset et saepe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui pecuniam, ne quid amplius diceretur, incertis nominibus crederet, placere, ne cui, qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis ejus, cujus in potestate fuisset, actio petitioque daretur: ut scirent, qui pessimo exemplo foenerarent, nullius posse filiifamilias bonum nomen exspectata patris morte fieri. Ulpianus in fr. 1. pr. D. XIV, 6. de senatusconsulto Macedoniano.

Is autem solus senatusconsultum offendit, qui mutuam pe-

cuniam filiofamilias dedit, non qui alias contraxit; puta vendidit, locavit, vel alio modo contraxit. Nam pecuniae datio perniciosa parentibus eorum visa est. — Quod ita demum erit dicendum, si non fraus senatusconsulto sit cogitata, ut, qui credere non potuit, magis ei venderet, ut ille rei pretium haberet in mutui vicem. Idem in fr. 4. D. eod.

Item is, cui res aliqua utenda datur, id est, commodatur, re obligatur et tenetur commodati actione. Sed is ab eo, qui mutuum accepit, longe distat. Namque non ita res datur, ut ejus fiat; et ob id de re ipsa restituenda tenetur. Et is quidem, qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu amiserit, quod accepit, veluti incendio, ruina, naufragio, aut latronum, hostiumve incursu: nihilo minus obligatus permanet. At is, qui utendum accepit, sane quidem exactam diligentiam custodiendae rei praestare jubetur, nec sufficit ei, tantam diligentiam adhibuisse, quantam in suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior potuerit eam rem custodire. Sed propter majorem vim, majoresve casus non tenetur, si modo non hujus ipsius culpa is casus intervenerit. — Commodata autem res tunc proprie intelligitur, si, nulla mercede accepta vel constituta, res tibi utenda data est. Alioqui, mercede interveniente, locatus tibi usus rei videtur. Gratuitum enim debet esse commodatum. §. 2. Inst. III, 14. quibus modis re contrahitur obligatio.

Praeterea et is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur et actione depositi; quia et ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur. Sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit; culpae autem nomine, id est, desidiae ac negligentiae, non tenetur. Itaque securus est, qui parum diligenter custoditam rem furto amiserit; quia qui negligenti amico rem custodiendam tradidit, suae facilitati id imputare debet. §. 3. Inst. eod.

Creditore quoque, qui pignus accepit, re obligatur, quia et ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur actione pigneraticia. Sed, quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris, quo magis pecunia ei crederetur, et creditoris, quo magis et in tuto sit creditum, placuit sufficere, quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet; quam si praestiterit, et aliquo fortuito casu eam rem amiserit, securum esse, nec impediri creditum petere. §. 4. Inst. eod.

§. 130.

Allmählige Erweiterung des Principes der s. g. Realcontracte.

Dig. lib. XIX. tit. 5. de praescriptis verbis et in factum actionibus. — Cod. lib. IV. tit. 64. de rerum permutatione et praescriptis verbis. — Dig. lib. XII. tit. 2. de condictione causa data, causa non secuta. — Cod. lib. IV. tit. 6. de condictione ob causam datorum.

Der Grundsatz, daß re klagbare Obligationen begründet werden, war ursprünglich im römischen Contractssysteme blos auf die vier, im vorigen § abgehandelten Fälle beschränkt. Allein ziemlich früh, wie es scheint, dehnte man, durch Reflexion und praktisches Bedürfniß geleitet, diesen Begriff der Realcontracte bedeutend weiter aus,

Es lassen sich nämlich eine ganze Menge vertragsmäßiger Verabredungen denken, welche, ihrem Inhalte nach, auf, mit einander genau zusammenhängende, gegenseitige Leistungen und Interessenten gerichtet sind, und, ohne gerade mit einem schon sonst anerkannten contractus ganz zusammenzufallen, doch mit einem solchen, oder gar zu gleicher Zeit mit mehreren derselben, eine gewisse nahe Verwandtschaft haben, wie z. B. der Tausch mit dem Kaufe. Hier kam man ziemlich einfach zu dem Gedanken, demjenigen Contrahenten, welcher von seiner Seite mit der Erfüllung den Anfang gemacht, und das von ihm Versprochene bereits vertragsmäßig geleistet hatte, eine Klage gegen den anderen Contrahenten auf ebenmäßige Erfüllung der seinerseits dafür übernommenen Verbindlichkeit zu gestatten. Man sah in dieser Verwandtschaft mit einem anderen Contracte, in Verbindung mit der bereits wirklich von der einen Seite erfolgten Leistung, res, eine genügende causa zu einer klagbaren Obligation. Allein, gerade wegen dieses weit gehenden Grundsatzes und wegen der großen Mannigfaltigkeit, welcher dergleichen Verträge fähig waren, erschien es weder möglich, noch sonst passend, jedem derselben und jeder daraus entspringenden Klage ein proprium nomen zu geben. Vielmehr begnügte man sich, zur Bezeichnung der Klage in jedem einzelnen vorkommenden Falle der Art, mit dem sehr allgemein gefaßten Namen civilis actio in factum, oder actio praescriptis verbis. Daher die heutige Bezeichnung dieser Contracte als unbenannte Realcontracte. Die Römer selbst classificirten sie nur ganz allgemein nach ihrem Inhalte, je nachdem sie von beiden Seiten auf ein

dare, oder von beiden Seiten auf ein facere, oder endlich von der einen Seite auf dieſes, von der anderen auf jenes gerichtet ſind. Wo ſie nun von beiden Seiten auf ein dare gerichtet ſind, haben ſie zwar um ſo mehr Aehnlichkeit mit den urſprünglichen vier benannten Realcontracten, unterſcheiden ſich aber ſchon dadurch, daß der Empfänger der Sache aus ihnen niemals klaghar verpflichtet wird, dieſelbe Sache zurückzugeben, ſondern immer nur dazu, eine andere Sache dafür zu geben.

Offenbar bezweckt die Klagbarkeit dieſer Contracte zunächſt eine Begünſtigung desjenigen Contrahenten, welcher zuerſt freiwillig, ohne Klagezwang dazu, den Vertrag erfüllt hat. Daraus erklärt ſich denn auch einigermaaßen eine dabei eintretende Eigenthümlichkeit, welche man heut zu Tage als das jus poenitendi bezeichnet. Es wird nämlich demjenigen Contrahenten, welcher von ſeiner Seite mit der Erfüllung, die in einem dare beſteht, den Anfang gemacht hat, bis zu dem Empfange der verabredeten Gegenleiſtung, die Wahl gelaſſen, ob er mit jener in factum actio die Gegenleiſtung einklagen will, oder ob er es vorzieht, ſelber einſeitig ganz von der Verabredung zurückzutreten, poenitere. Thut er dieſes Letztere, ſo kann er mit einer condictio ob causam datorum, auch condictio causa data, causa non secuta genannt, das ſchon Hingegebene wieder zurückfordern. Denn, er hat, nach römiſcher Anſicht, nur in der billigen Erwartung der ſofort von der anderen Seite nachfolgenden Gegenleiſtung ſich ſeinerſeits zu jenem Geben entſchloſſen. So lange nun der Empfänger die verſprochene Gegenleiſtung noch nicht entrichtet hat, ſo lange beſitzt derſelbe das bereits Empfangene ohne einen genügenden Rechtsgrund, sine causa, und muß ſich deßhalb jene Condiction gefallen laſſen.

Quae (juris gentium conventiones) pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus, ut emtio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, et ceteri similes contractus. Sed, et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem; ut puta, dedi tibi rem, ut mihi aliam dares, dedi, ut aliquid facias; hoc συνάλλαγμα, id est, contractum esse et hinc nasci civilem obligationem. — Sed, quum nulla subsit causa, propter conventionem hic constat, non posse

constitui obligationem. Ulpianus in fr. 1. §. 1 et 2 et 4. D. II, 14. de pactis.

Naturalis meus filius servit tibi et tuus filius mihi. Convenit inter nos, ut et tu meum manumitteres, et ego tuum. Ego manumisi, tu non manumisisti; qua actione mihi tenearis, quaesitum est. In hac quaestione totius ob rem dati tractatus inspici potest, qui in his competit speciebus: aut enim do tibi, ut des; aut do, ut facias; aut facio, ut des; aut facio, ut facias. In quibus quaeritur, quae obligatio nascatur.

Et siquidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emtio et venditio est; sin autem rem do, ut rem accipiam, quia non placet, permutationem rerum emtionem esse, dubium non est, nasci civilem obligationem, in qua actione id venit, ut non reddas, quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea, illud, de quo convenit, accipere, vel, si meum recipere velim, repetatur, quod datum est, quasi ob rem datum, re non secuta. Paulus in fr. 5. §. 1 et 2. D. XIX, 5. de praescriptis verbis.

§. 131.

Die Obligationen, welche verbis contrahirt werden, und die stipulatio insbesondere.

Gai. Comm. lib. III. §. 92 sq. — Inst. lib. III. tit. 15. de verborum obligatione. tit. 18. de divisione stipulationum. tit. 19. de inutilibus stipulationibus. — Dig. lib. XLV. tit. 1. de verborum obligationibus. — Cod. lib. VIII. tit. 38. de contrahenda et committenda stipulatione. tit. 39. de inutilibus stipulationibus.

Diejenige verborum obligatio, welche vorzugsweise mit diesem Namen bezeichnet wird und in dem ganzen römischen Contracts- und Obligationensysteme eine sehr wichtige Rolle spielt, ist die stipulatio.

Sie findet sich, ihrem Grundcharakter nach, zwar schon ziemlich früh im römischen Rechte, hat aber diejenige freiere Gestalt, in welcher sie späterhin erscheint, erst sehr allmählig im Laufe der Zeit angenommen. Die Römer selbst sehen sie als die Basis ihres ganzen Contractssystemes an, und in der That erhält dieses erst durch richtige Auffassung der Stipulationstheorie sein wahres Licht.

Das Wesen der Stipulation beruhte auf einer, sich unmittelbar an einander anschließenden und einander vollkommen entsprechenden mündlichen Frage und Antwort der Contrahenten, in Beziehung auf eine bestimmte Leistung. Vorausgehen mußte nämlich eine mündliche Anfrage von Seiten desjenigen, welcher

sich etwas versprechen lassen wollte, indem er, in Selbstperson gegenwärtig, dem Anderen gleichfalls in Person anwesenden, in Form einer mündlichen Anfrage, die Uebernahme einer, ihrem Gegenstande nach, gehörig genau bestimmten Leistung anmuthete. Wenn auf diese mündliche Anfrage, die eigentliche stipulatio, der Gefragte sofort mündlich, nicht etwa blos sich im Allgemeinen bejahend und zustimmend erklärte, sondern ausdrücklich so, wie er gefragt worden, congruenter, antwortete, daß er die ihm angemuthete Leistung übernehme, was promissio, im engeren Sinne, hieß, so wurde dadurch nicht blos überhaupt eine vertragsmäßige, sondern auch eine, eben durch die dabei von beiden Seiten beobachtete Wortform, verba, streng klagbare Schuldverbindlichkeit des Promittenten begründet. Es bedurfte auch dazu hinterdrein durchaus keines Nachweises einer zum Grunde liegenden materiellen causa obligationis, sondern es genügte vielmehr dazu schon vollkommen die beobachtete verborum solennitas.

Daraus geht schon von selbst hervor, daß, außer den allgemeinen Voraussetzungen eines jeden Vertrages, zu einer gültigen Stipulation, gerade wegen der eben angegebenen eigenthümlichen Form, theils Hör- und Sprachfähigkeit, theils unmittelbare persönliche Gegenwart beider Contrahenten erfordert wurde. Außerdem mußten, wenigstens bei gewissen Stipulationsformen, namentlich bei den eigentlichen Sponsionen, die Contrahenten beide römische Bürger sein. Endlich konnte ursprünglich die Stipulation nur in römischer Sprache abgeschlossen werden, so wie nur mit dem Gebrauche gewisser solenner, dazu bestimmter Wortformeln, wie spondere, promittere, fidepromittere, dare. Von der Verschiedenheit der dabei gebrauchten Formeln hing denn auch ursprünglich, wenigstens zum Theil, die verschiedene Wirkung der Stipulation ab. Eine schriftliche Urkunde, cautio, über den Act und Inhalt der Stipulation war zwar zu keiner Zeit gesetzlich vorgeschrieben, aber, wie es scheint, sehr gewöhnlich, und das hing wohl damit zusammen, daß die Römer gewohnt waren, vor dem eigentlichen Abschlusse bedeutender Stipulationsgeschäfte, um späteren etwaigen Mißverständnissen und Irrthümern gleich zum Voraus zu begegnen, die dabei anzuwendenden Worte genau schriftlich zu fassen und dann abzulesen. In der späteren Zeit des römischen Rechtes legte man

auf einen solchen concurrirenden, von beiden Contrahenten anerkannten schriftlichen Aufsatz über den Abschluß und Inhalt der Stipulation ein ganz besonderes Gewicht, indem dadurch der Beweis der wesentlichen Form der Stipulation, namentlich der persönlichen Anwesenheit der Parteien bedeutend erleichtert wurde. Insbesondere soll, wenn in dieser Urkunde die Interessenten ausdrücklich als anwesend bezeichnet sind, nach einer besonderen Vorschrift vom Kaiser Justinian, auch diese Anwesenheit so lange ohne weiteres angenommen werden, bis von demjenigen Interessenten, der sie in Abrede stellt, auf das bestimmteste, in Rücksicht des in der Urkunde namhaft gemachten Stipulationstages, ein Alibi nachgewiesen wird. Ueberhaupt nahm im neueren römischen Rechte die Stipulation, in formeller Beziehung, eine viel freiere Gestalt an, indem sie in jeder beliebigen Sprache und, ohne Bindung an bestimmte Wortformeln, mit allen beliebigen, nur sonst passenden Worten abgeschlossen werden konnte. Eben so wenig kam es darauf an, ob gerade ganz dieselben Anfrageworte von dem Promittenten wiederholt wurden, wenn nur sonst aus seiner Antwort klar hervorging, daß er wirklich das, was der Stipulator wollte, versprach und übernahm.

Unter den angegebenen Voraussetzungen war nun die Stipulation eine sehr allgemeine, leichte und bequeme Form, in welche jede Vertragsverabredung eingekleidet und, wenn ihr etwa sonst aus formellen Gründen die Klagbarkeit abging, zum contractus erhoben werden konnte. Es konnten aber auch schon außerdem klagbare Obligationen, zu besonderen Zwecken, hinterdrein in Stipulationen verwandelt werden. Gewisse Obligationen hatten sogar das Eigene, daß sie blos in dieser Stipulationsform contrahirt werden konnten.

Dem Inhalte nach, konnte allerdings ursprünglich nur ein certum den Gegenstand der Stipulation bilden. Doch wurde ziemlich bald, im Laufe der Zeit, auch ein incertum zugelassen. Eine andere, den Inhalt betreffende Beschränkung war lange Zeit hindurch das Verbot der stipulatio post mortem; d. h. die Stipulation konnte weder auf den Tod des Stipulators, noch auf den des Promittenten in der Art gestellt werden, daß die Wirksamkeit derselben erst für die Erben des Stipulators, oder des Promittenten eintreten sollte. Erst Justi-

nian hat auch eine solche stipulatio post mortem gestattet, während man sich früher durch künstliche Umwege und Mittel, namentlich durch Zuziehung eines Adstipulator und adpromissor dabei helfen mußte. Auf den möglichen verschiedenen Inhalt bezieht sich auch noch die Eintheilung in stipulationes conventionales, praetoriae, judiciales und communes. Die conventionales beruhten lediglich auf der Uebereinkunft der Parteien, während judiciales diejenigen hießen, zu denen der judex anhalten konnte, praetoriae diejenigen, die, auf Gebot des Prätors, eine Partei der anderen zu leisten hatte. Als communes wurden diejenigen bezeichnet, deren Leistung, den Umständen nach, bald vom Prätor, bald vom Juder, den Parteien anbefohlen wurde.

Was endlich die Wirkung der Stipulation betrifft, so lag es schon in ihrem Wesen, daß sie immer blos einen einseitigen Contract, wodurch nur der eine Contrahent, der Promittent, obligirt wurde, niemals eine ultro citroque obligatio begründete. Daher hatte natürlich auch nur der Stipulator daraus eine Klage auf Erfüllung. Sie hieß, wenn der Gegenstand ein certum und zwar eine bestimmte Geldsumme war, condictio certi ex stipulatu, wenn es ein certum anderer Art war, condictio triticaria. Bildete den Gegenstand ein incertum, so hieß die Klage actio ex stipulatu. In beiden Fällen war sie, eben wegen der strengen Einseitigkeit des Obligationsverhältnisses, entschieden stricti juris. Doch kam allmählig auf, daß, durch mancherlei von den Contrahenten dabei gebrauchte Wendungen und Zusätze, (namentlich der Worte: ex fide bona,) die Stipulation, in gewissen Wirkungen, einem bonae fidei contractus näher gebracht werden konnte. Justinian hat sogar für einen bestimmten Fall die actio ex stipulatu geradezu zu einer bonae fidei actio erhoben.[1])

Außer der Stipulation macht das römische Recht zwar noch einige andere klagbare Obligationen namhaft, in Rücksicht deren es hieß, verbis contrahitur obligatio. Allein dann wird contrahere obligationem in einem weiteren Sinne genommen und bezeichnet nicht eine eigentliche vertragsmäßige, in strenge Wortform eingekleidete Verabredung. Es soll

[1]) S. unten §. 165.

vielmehr dadurch nur ausgedrückt werden, daß in gewissen Fällen auch schon das bloße einseitige, formelle, mündliche Versprechen einer Leistung demjenigen, welchem es geschah, auch ohne vorausgegangene formelle Anfrage, uno tantum loquente, eine klagbare Forderung gewährte. Dahin gehört vorerst der Fall der dotis dictio. Von ihrer Eigenthümlichkeit wissen wir nur, daß, wenn, auch ohne vorausgegangene Anfrage, die Braut, oder Ehefrau selbst, oder in ihrem Auftrage ihr Schuldner, oder ein väterlicher agnatischer Ascendent derselben dem Verlobten, oder Ehemanne einseitig eine dos versprochen hatte, der Mann auf die Auszahlung der versprochenen dos ohne weiteres klagen konnte.[2]) Im neuesten römischen Rechte ist davon nichts übrig geblieben, als der einfache Grundsatz, daß schon das bloße einfache Versprechen eines Brautschatzes, dotis pollicitatio, einen jeden Promittenten klagbar zur Auszahlung verpflichtet. Dahin gehört ferner die jurata promissio operarum liberti, von welcher wir indessen nur sehr wenig wissen. Sie bezieht sich auf das eigenthümliche Verhältniß zwischen dem Herrn und seinem Servus vor und bei der Freilassung, und war ein mündliches, jedoch durch Eid bekräftigtes Versprechen des Freigelassenen, wodurch er sich seinem Freilasser zu gewissen, ungewöhnlichen Gaben, oder Diensten, operae, dona, munus, klagbar verpflichtete.[3])

Dicta stipulatio a stipula. Veteres enim, quando sibi aliquid promittebant, stipulam tenentes frangebant, quam iterum jungentes, sponsiones suas agnoscebant. Isidor. Lib. VI. Originum cap. 24.

Stipem esse nummum signatum, testimonio est et id, quod datur stipendium militi, et quum spondetur pecunia, quod stipulari dicitur. Festus v. stipem.

Verbis obligatio contrahitur, et interrogatione et responsione, cum quid dari fierive stipulamur. Ex qua duae proficiscuntur actiones, tam condictio, si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu, si incerta. Quae hoc nomine inde utitur, quia stipulum, apud veteres firmum appellabatur, forte a stipite descendens.

In hac re olim talia verba tradita fuerunt: spondes? spondeo. — promittis? promitto. — fidepromittis?

---

[2]) S. unten §. 165.

[3]) S. oben §. 73.

fidepromitto. — fidejubes? fidejubeo. — dabis? dabo. — facies? faciam. Utrum autem latina, an graeca, vel qua alia lingua stipulatio concipiatur, nihil interest, scilicet si uterque stipulantium intellectum hujus linguae habeat, nec necesse est, eadem lingua utrumque uti, sed sufficit, congruenter ad interrogatum respondere; quin etiam duo Graeci latina lingua obligationem contrahere possunt. Sed haec solemnia verba olim quidem in usu fuerunt; postea autem Leonina constitutio lata est, quae, solemnitate verborum sublata, sensum et consonantem intellectum ab utraque parte solum desiderat, licet quibuscunque verbis expressus sit. pr. et §. 1. Inst. III, 15. de verborum obligatione.

Item verborum obligatio inter absentes concepta inutilis est. Sed, cum hoc materiam litis contentiosis hominibus praestabat, forte post tempus tales allegationes opponentibus et non praesentes esse vel se, vel adversarios suos contendentibus: ideo nostra constitutio propter celeritatem dirimendarum litium introducta est, quam ad Caesarienses advocatos scripsimus, per quam disposuimus, tales scripturas, quae praesto esse partes indicant, omnimodo esse credendas, nisi ipse, qui talibus utitur improbis allegationibus, manifestissimis probationibus, vel per scripturam, vel per testes idoneos approbaverit, in ipso toto die, quo conficiebatur instrumentum, sese vel adversarium suum in aliis locis fuisse.

Post mortem suam dari sibi nemo stipulari poterat, non magis, quam post mortem ejus, a quo stipulabatur. — Sed, cum (ut jam dictum est) ex consensu contrahentium stipulationes valent, placuit nobis, etiam in hunc juris articulum necessariam inducere emendationem, ut, sive post mortem, sive pridie, quam morietur stipulator, sive promissor, stipulatio concepta est, valeat stipulatio. §. 12 et 13. Inst. III, 19. de inutilibus stipulationibus.

Possumus tamen ad id, quod stipulamur, alium adhibere, qui idem stipuletur, quem vulgo adstipulatorem vocamus. — Adstipulatorem vero tunc adhibemus, cum ita stipulamur, ut aliquid post mortem nostram detur: quod stipulando nihil agimus. Adhibetur autem adstipulator, ut is post mortem nostram agat: qui, si quid fuerit consecutus, de restituendo eo mandati judicio heredi tenetur. Gai. Comm. III. §. 10 et 17.

Stipulationum aliae judiciales sunt, aliae praetoriae, aliae conventionales, aliae communes, tam praetoriae, quam judiciales. Judiciales sunt, quae a mero judicis officio proficiscuntur, veluti de dolo cautio, vel de persequendo servo, qui in fuga est, restituendove pretio. Praetoriae, quae a mero praetoris officio proficiscuntur, veluti damni infecti, vel legatorum. Conventionales sunt, quae ex conventione utriusque partis concipiuntur,

hoc est, neque jussu judicis, neque jussu praetoris, sed ex conventione contrahentium; quarum totidem genera sunt, quot, paene dixerim, rerum contrahendarum. Communes sunt stipulationes, veluti rem salvam fore pupillo; nam et praetor jubet, rem salvam fore pupillo caveri, et interdum judex, si aliter expediri haec res non potest; vel de rato stipulatio. pr. — §. 4. Inst. III, 18. de divisione stipulationum.

Sunt et aliae obligationes, quae nulla praecedente interrogatione contrahi possunt, id est, ut si mulier, sive sponso uxor futura, sive jam marito dotem dicat. Quod tam de mobilibus rebus, quam de fundis fieri potest. Et non solum in hac obligatione ipsa mulier obligabitur, sed et pater ejus, et debitor mulieris, si pecuniam, quam ille debebat, sponso creditricis ipse debitor in dotem dixerit. Hae tantum tres personae, nulla interrogatione praecedente, possunt dictione dotis legitime obligari. Aliae vero personae, si pro muliere dotem marito promiserint, communi jure obligari debent, id est, ut et interrogatae respondeant, et stipulatae (?) promittant.

Item et alio casu, uno loquente, et sine interrogatione alio promittente, contrahitur obligatio, id est, si libertus patrono aut donum, aut munus, aut operas se daturum esse juraverit. — In qua re supra dicti liberti non tam verborum solemnitate, quam jurisjurandi religione tenentur. Sed nulla altera persona hoc ordine obligari potest. Gaii Epit. Inst. lib. II. tit. 9. §. 3 et 4.

Dotem dicere potest mulier, quae nuptura est, et debitor mulieris, si jussu ejus dicat, institutus, parens mulieris, virilis sexus, per virilem sexum cognatione junctus, velut pater, aut avus paternus. Ulpiani Fragm. tit. VI. §. 2.

§. 132.

Die Bürgschaft und die Intercessionen überhaupt.

Gai. Comm. lib. III. §. 115. sq. — Inst. lib. III. tit. 20. de fidejussoribus. — Dig. lib. XLVI. tit. 1. de fidejussoribus et mandatoribus. — Cod. lib. VIII. tit. 41. de fidejussoribus et mandatoribus. — Dig. lib. XVI. tit. 1. ad senatusconsultum Vellejanum. — Cod. lib. IV. tit. 29. ad senatuscons. Vellej.

Von denjenigen Verträgen, welche, nach dem Obigen, um Klagbarkeit zu erhalten, nothwendig immer gerade in Stipulationsform eingekleidet werden mußten, werden einige der wichtigsten weiter unten, in der Lehre von der Aufhebung der Obligationen, vorkommen, namentlich die novatio und die acceptilatio. Dagegen verdient die fidejussio, weil sie in dem hier be-

folgten Obligationensysteme keinen anderen besonderen Platz findet, schon hier hervorgehoben zu werden.

Intercessio im Allgemeinen, wovon die fidejussio nur als eine besondere Unterart erscheint, ist die freiwillige, in Vertragsform eingekleidete Uebernahme einer fremden Vermögensgefahr, und diese besteht regelmäßig in der Uebernahme einer fremden Schuldverbindlichkeit, welche letztere eben so gut eine Natural- als eine Civilobligation sein kann. Sie kann, ihrem Zwecke nach, auf zweifache Art geschehen. Entweder so, daß der bisherige Schuldner dadurch, mittelst einer zum Grunde liegenden Novation, ganz von seiner Schuldverbindlichkeit befreit, der Intercedent also für die Zukunft allein verpflichtet wird, expromissio, oder so, daß der bisherige Schuldner selbst noch immer fort, also neben dem Intercedenten, verpflichtet bleibt.

Einen Hauptfall dieser letzteren Art bildete nun eben die fidejussio, Verbürgung, oder Bürgschaft, wodurch Jemand, zunächst zur größeren Sicherheit des Gläubigers, sich diesem, und zwar in Stipulationsform, verpflichtet, für den Schuldner als fidejussor zu haften. Es ist diese fidejussio im neuesten römischen Rechte allein noch übrig geblieben, als die einzige Form, wie eine Bürgschaft durch Stipulation übernommen werden kann, während es früherhin drei Formen gab, die sponsio, fidepromissio und fidejussio. Nach der ursprünglichen Strenge haftet der Bürge in demselben Maaße, wie der Hauptschuldner selbst, also principaliter. Allein, nach der Milderung des neuesten römischen Rechtes, haftet der Bürge nur subsidiarisch, indem er verlangen kann, erst nach dem Hauptschuldner, d. h. erst nachdem der Gläubiger, durch Auskla-gung, excussio, vergeblich den Versuch gemacht hat, von dem Hauptschuldner seine Bezahlung zu erlangen, in Anspruch genommen zu werden. Er hat das s. g. beneficium excussionis.

Weil übrigens, der Erfahrung nach, leichtsinnige, oder des Rechtes unkundige Personen, die, oft erst in der Zukunft und scheinbar großer Ferne liegende Gefahr, welcher sie sich durch Intercediren aussetzen, nicht gehörig zu beurtheilen wissen, so wurden gewisse Personen nur mit großen Beschränkungen zu Bürgschaften und Interceſſionen überhaupt zugelaſſen. Das gilt

vorzüglich von den Frauenzimmern. Diesen wurde zuerst, unter Kaiser Augustus und Claudius, unbedingt verboten, für ihre Ehemänner zu intercediren; und in der That ist das auch in jeder Beziehung der gefährlichste Fall, indem dem Manne nur zu viel Mittel zu Gebote stehen, seine Ehefrau zu dergleichen, ihr Vermögen gefährdenden Interceſſionen zu bewegen. Für andere Personen dürfen die Frauenzimmer zwar intercediren. Weil aber, seit der Aufhebung der legitima agnatorum tutela über die mulieres, diese letzteren eine ihnen oft gefährliche Selbstständigkeit erhielten, so wurde ihnen, durch das senatusconsultum Vellejanum, wenige Ausnahmefälle abgerechnet, ein wirksames Sicherungsmittel gegen ihnen daraus drohende Vermögensgefahren geboten. Denn, obgleich sie in der That von dem Gläubiger aus der Interceſſion auf Zahlung für den Anderen in Anspruch genommen werden können, so steht es ihnen doch frei, durch Berufung auf das Vellejanische Senatusconsult, und Vorschützung der daraus hervorgehenden Einrede, aller Haftungsverantwortlichkeit sich zu entziehen. Justinian fügte zu diesen genannten Beschränkungen noch die neue hinzu, daß alle Interceſſionen der Frauenzimmer sogar schon ipso jure, unbedingt und ohne weiteres, ganz unwirksam sein sollen, wenn sie nicht, außer der Beobachtung der gewöhnlichen Intercessionsform, zugleich in einer öffentlichen, von drei Zeugen unterschriebenen Urkunde geschehen sind. Allein, selbst wenn alle diese Formalitäten gewahrt sind, bleibt den Intercedentinnen immer noch hinterdrein die exceptio senatusconsulti Vellejani offen. Bei Interceſſionen für den eigenen Ehemann bedürfen die Frauen gar nicht ein Mal jener Exception.

Pro eo, qui promittit, solent alii obligari, qui fidejussores appellantur, quos homines accipere solent, dum curant, ut diligentius sibi cautum sit. In omnibus autem obligationibus assumi possunt, id est, sive re, sive verbis, sive literis, sive consensu contractae fuerint. At ne illud quidem interest, utrum civilis, an naturalis sit obligatio, cui adjiciatur fidejussor. pr. et §. 1. Inst. III, 20. de fidejussoribus.

Jure nostro est potestas creditori, relicto reo, eligendi fidejussores, nisi inter contrahentes aliud placitum doceatur. Antoninus in c. 5. C. VIII, 41. de fidejussoribus et mandatoribus.

Si quis igitur crediderit, et fidejussorem, aut mandatorem, aut sponsorem acceperit, is non primum adversus mandatorem, aut fidejussorem, aut sponsorem accedat, neque negligens debi-

toris intercessoribus molestus sit, sed veniat primum ad eum, qui aurum accepit debitumque contraxit. Et siquidem inde receperit, ab aliis abstineat; quid enim ei in extraneis erit, a debitore completo? Si vero non valuerit a debitore recipere aut in partem, aut in totum: secundum quod ab eo non potuerit recipere, secundum hoc ad fidejussorem, aut sponsorem, aut mandatorem veniat, et ab illo, quod reliquum est, sumat. Justinianus in Novella 4. cap. 1.

Et primo quidem, temporibus Divi Augusti, mox deinde Claudii, edictis eorum erat interdictum, ne feminae pro viris suis intercederent. Postea factum est Senatusconsultum, quo plenissime feminis omnibus subventum est. Ulpianus in fr. 2. pr. et §. 1. D. XVI, 1 ad Senatusconsultum Vellejanum.

Sed ita demum iis subvenit, si non callide sint versatae. — Infirmitas enim feminarum, non calliditas auxilium demit (demeruit?). Idem in fr. 2. §. 3 D. eod.

Si, cum ipse mutuam pecuniam acciperes, mater tua, contra amplissimi ordinis consultum, fidem suam interposuit, exceptione se tueri potest. Antoninus in c. 3. C. IV, 29. ad Senatuscons. Vellej.

Ne autem mulieres perperam sese pro aliis intercedant, sancimus, non aliter eas in tali contractu posse pro aliis sese obligare, nisi, instrumento publice confecto et a tribus testibus subsignato, accipiant homines a muliere pro aliis confessionem. Tunc enim tantummodo eas obligari et sic omnia tractari, quae de intercessionibus feminarum, vel veteribus legibus cauta, vel ab imperiali auctoritate introducta sunt. Sin autem extra eandem observationem mulieres acceperint intercedentes, pro nihilo habeatur hujusmodi scriptura, vel sine scriptis obligatio, tanquam nec confecta, nec penitus scripta: ut nec senatusconsulti auxilium imploretur, sed erit libera et absoluta, quasi penitus nullo in eadem causa subsecuto. Justinianus in c. 23. §. 2. C. eod.

Et illud vero praevidimus, pro subjectorum utilitate corrigere, ut, si qua mulier crediti instrumento consentiat proprio viro, aut scribat, et propriam substantiam, aut se ipsam obligatam faciat: jubemus, nullatenus hujusmodi valere aut tenere, sive semel, sive multoties hujusmodi aliquid pro eadem re fiat. Justinianus in Nov. 134. c. 8.

§. 133.

Diejenigen Obligationen, welche literis contrahirt werden.

Gai. Comm. lib. III. §. 128 sq. — Inst. lib. III. tit. 21. de literarum obligatione. — Cod. lib. IV. tit. 30. de non numerata pecunia.

Ein vom Debitor ausgestellter schriftlicher Schuldschein, cautio, chirographum, bei dem Darlehn insbesondere nomen arcarium genannt, kann natürlich zum Beweise einer schon

außerdem und zwar klagbar existirenden obligatio dienen; obligationis factae testimonium. Aber davon ganz verschieden ist der Fall, wo die eigentliche causa civilis, d. h. der ganze selbstständige Grund der civilrechtlichen Klagbarkeit einer obligatio auf etwas Schriftlichem beruht, ubi literae obligationem faciunt.

Eine solche wahre literarum obligatio kannte allerdings das ältere römische Recht in dem contractus nominum. Dieser verliert sich in die ältesten Zeiten, hing mit der hergebrachten Sitte aller rechtlichen römischen Bürger, genaue Haushaltungsbücher, tabulas domesticas, codices accepti et expensi, zu führen, zusammen und beruhte auf dem förmlichen Eintragen eines Schuldpostens, mit Angabe einer bestimmten Geldsumme, in das Haushaltungsbuch. Eben darum konnten in die Form dieser literarum obligatio hinterdrein fast alle Arten von Obligationen eingekleidet, und zu selbstständigen Literalobligationen erhoben werden. Geschah das in Rücksicht einer obligatio, die schon vorher eine andere causa gehabt, so hieß es ein transscriptitium nomen. Das so Eingetragene, die literae, bildeten dabei eine eben so selbstständige causa obligationis, wie bei der Stipulation die verba. Indessen kennen wir die innere Einrichtung jener Wirthschaftsbücher eben so wenig genau, wie die Art und Form des Eintragens der einzelnen Activ- und Passivposten. Das hängt damit zusammen, daß schon ziemlich früh, mit jener allgemeinen Bürgersitte, dergleichen Haushaltungsbücher ordnungsmäßig zu führen, und mit strenger Genauigkeit über ihre Richtigkeit zu wachen, der ursprüngliche contractus nominum sich verlor. So gab es denn schon längst zu Justinian's Zeiten keine wahre literarum obligatio mehr.

Wenn nun dennoch die Verfasser von Justinian's Institutionen, dem bisherigen Contractssysteme zu Ehren, in die damals eigentlich schon längst erledigte Rubrik, wo es ehemals hieß: literis contrahitur obligatio, die Theorie von der exceptio non numeratae pecuniae einzuschieben versucht haben, so erscheint das als höchst gezwungen und unpassend. Es verhält sich damit folgendermaaßen. Wer eine Summe als Darlehn empfangen zu haben, mittelst eines Schuldscheines, cautio, chirographum, bescheinigt, ohne die bescheinigte Summe

wirklich bereits ausbezahlt erhalten zu haben, wird gegen die Folgen seiner Unvorsichtigkeit auf eine eigenthümliche Weise geschützt. Denn, zwei (vor Justinian sogar fünf) Jahre lang kann er, wenn er aus der von ihm ausgestellten Handschrift auf Rückzahlung der Darlehnssumme verklagt wird, dem chirographum, durch Vorschützung der exceptio non numeratae pecuniae, alle Beweiskraft benehmen. Innerhalb derselben Frist kann er sogar selber klagend gegen den Inhaber des chirographum auftreten und den Schein zurückverlangen, wodurch er dann für alle Zukunft gegen dessen Beweiskraft gesichert wird. Hat er aber den Schein zwei Jahre lang in den Händen des Gegners gelassen, ohne sich zu beschweren, queri, und ohne, in der angegebenen Weise, etwas dawider zu unternehmen, so beweist nunmehr der Schein unbedingt und unumstößlich gegen ihn. Er ist jetzt schon deßhalb schuldig, die Darlehnssumme zurückzubezahlen, weil er den Schein ausgestellt und dem Inhaber so lange gelassen hat. Etwas Besonderes ist das allerdings, aber es hat nicht den Sinn und die Bedeutung einer wahren literarum obligatio.

Olim scriptura fiebat obligatio, quae nominibus fieri dicebatur, quae nomina hodie non sunt in usu. Inst. III, 21. de literarum obligationibus.

Moris autem fuit, unumquemque domesticam rationem sibi totius vitae suae per dies singulos scribere, ex qua appareret, quid quisque de reditibus suis, quid de arte, foenore, lucrove seposuisset quoque die, et quid idem sumtus damnive fecisset. Sed postquam, obsignandis literis reorum, ex suis quisque tabulis damnari coepit, ad nostram memoriam tota haec vetus consuetudo cessavit. Asconius in Cicer. Orat. in Verr. Act. II. Lib. 1. cap. 23.

Literis obligatio fit, veluti in nominibus transscripticiis. Fit autem nomen transscripticium duplici modo: vel a re in personam, vel a persona in personam. A re in personam transscriptio fit, veluti si id, quod ex emtionis causa, aut conductionis, aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero. A persona in personam transscriptio fit, veluti si id, quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, id est, si Titius te delegaverit mihi.

Alia causa est eorum nominum, quae arcaria vocantur; in his enim rerum, non literarum obligatio consistit; quippe non aliter valent, quam si numerata sit pecunia; numeratio autem pecuniae jure naturali facit obligationem. Qua de causa recte dicemus, arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere.

Praeterea literarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est, si quis debere se, aut daturum se scribat; ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat; quod genus obligationum proprium peregrinorum est. Gaii Comm. III. §. 128—134.

Plane, si quis debere se scripserit, quod ei numeratum non est, de pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest; hoc enim saepissime constitutum est. Sic fit, ut et hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur; et ex ea nascitur condictio, cessante scilicet verborum obligatione. Multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex principalibus constitutionibus usque ad quinquennium procedebat; sed, ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari, per constitutionem nostram tempus coartatum est, ut ultra biennii metas hujusmodi exceptio minime extendatur. Tit. Inst. de literarum obligatione.

§. 134.

Diejenigen Contracte, deren Klagbarkeit auf dem bloßen consensus beruht.

Gai. Comm. lib. III. §. 135. sq. — Inst. lib. III. tit. 22. de consensu obligatione.

Es gehören hierher vier Verträge, welche schon nach dem älteren Civilrechte das Eigenthümliche hatten, daß sie solo consensu, schon durch den einfachen Umstand, daß die Contrahenten mit einander einig geworden, ohne Rücksicht auf die Form der Uebereinkunft, klagbar waren. So die Regel. Doch kann allerdings von den Parteien ausdrücklich, als Ausnahme, verabredet werden, daß die Perfection auch eines solchen Contractes noch daneben von der Beobachtung einer besonderen Form, namentlich von der Abfassung einer schriftlichen Vertragsurkunde abhängig sein soll. Dann steht noch einer jeden Partei, bis zur Vollziehung des instrumentum, frei, einseitig von dem Vertrage wieder abzugehen. Sämmtliche Consensualcontracte haben außerdem noch das Gemeinschaftliche, daß sie entschieden, ihrem Ursprunge nach, juris gentium, und, ihrem Wesen nach, bonae fidei sind. Sie heißen emtio venditio, locatio conductio, societas und mandatum.

Consensu fiunt obligationes in emtionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis consensu dicitur obligatio contrahi, quia neque scriptura, neque praesentia omnimodo opus est, at nec dari quidquam

necesse est, ut substantiam capiat obligatio, sed sufficit, eos, qui negotia gerunt, consentire. Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistolam, vel per nuntium. Item in his contractibus alter alteri obligatur in id, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat. Pr. — §. 3. Inst. III, 22. de consensu obligat.

Sed haec quidem de emtionibus et venditionibus, quae sine scriptura consistunt, obtinere oportet. Nam nihil a nobis in hujusmodi venditionibus innovatum est. In iis autem, quae scriptura conficiuntur, non aliter perfectam esse venditionem et emtionem constituimus, nisi et instrumenta emtionis fuerint conscripta, vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, a contrahentibus autem subscripta et, si per tabellionem fiunt, nisi et completiones acceperint, et fuerint a partibus absoluta. Donee enim aliquid deest ex his, et poenitentiae locus est, et potest emtor, vel venditor sine poena recedere ab emtione. Pr. Inst. III, 23. de emtione et venditione.

§. 135.

Der Kaufcontract.

Gai. Comm. lib. III. §. 139. sq. — Inst. lib. III. tit. 23. de emtione et venditione. — Dig. lib. XVIII. tit. 1. de contrahenda emtione etc. — Dig. lib. XIX. tit. 1. de actionibus emti et venditi. — Cod. lib. IV. tit. 38. de contrahenda emtione et venditione. tit 49. de actione emti et venditi. — Dig. lib. XXI. tit. 2. de evictionibus et duplae stipulatione. tit. 1. de aedilicio edicto et redhibitoria et quanti minoris. — Cod. lib. VIII. tit. 45. de evictionibus. — Cod. lib. IV. tit. 58. de aedilicijs actionibus.

Der Kaufcontract, emtio et venditio, oder auch emtio venditio genannt, wird abgeschlossen dadurch, daß der eine Contrahent, der Verkäufer, venditor, dem anderen Contrahenten, dem Käufer, emtor, für eine bestimmte Summe Geld, das Kaufgeld, pretium, was zum Aequivalente bestimmt ist, eine Sache, eine Waare, zu tradiren verspricht. Die Sabinianer waren zwar der Ansicht gewesen, daß auch das als Kaufcontract gelte, wenn der Käufer für die Waare nicht gerade Geld, sondern eine andere Sache verspreche. Allein die Ansicht der Proculejaner, daß das pretium nothwendig gerade in Geld bestehen müsse, hat obgesiegt. Daher eben erscheint der Tauschcontract als ein von dem Kaufcontracte ganz verschiedener Vertrag.

Aus dem Kaufcontracte entspringen zwar für beide Contrahenten wechselseitige Verbindlichkeiten, ultro citroque ob-

ligationes, aber, wie schon sein doppelter, zusammengesetzter Name emtio et venditio andeutet, für jeden der Contrahenten besondere, eigenthümliche, deren Erfüllung von dem Verkäufer mit der actio venditi, von dem Käufer mit der actio emti verlangt werden kann. Wenn nichts Abweichendes darüber besonders verabredet worden ist, so sind das wechselseitige Verpflichtungen, welche gleichzeitig, Zug um Zug, zu erfüllen sind.

Der Käufer seinerseits haftet ex emtione, ex emto, und muß das bedungene Kaufgeld bezahlen. Von dieser Verpflichtung befreit ihn auch nicht ein Mal der Umstand, daß die ihm verkaufte Sache noch vor der an ihn geschehenen Tradition durch Zufall zu Grunde gegangen sein sollte. Denn, sobald der Contract einmal durch die Verabredung abgeschlossen ist, geht sofort das periculum, die Gefahr des zufälligen Unterganges der gekauften Sache auf den Käufer über. Darauf, ob der verabredete Kaufpreis dem wahren Werthe der Sache vollkommen angemessen ist, kommt freilich zunächst weiter nichts an; denn es entscheidet darüber, im einzelnen Falle, das besondere Interesse der Parteien, wonach dieselbe Sache für den Einen mehr, für den Anderen weniger werth sein, und überhaupt bald theurer, bald wohlfeiler verkauft werden kann. Doch hat das insofern seine bestimmten gesetzlichen Grenzen, als, nach einem Rescripte von Diocletian und Maximian, wenigstens der Verkäufer eines Grundstückes, wenn er nach dem technischen Ausdrucke enormiter lädirt ist, indem er nicht ein Mal die Hälfte des wahren Werthes für das Grundstück erhalten, deßhalb hinterdrein den Verkauf aus diesem Grunde rescindiren kann, falls nicht etwa der Käufer bereit ist, das Fehlende nachzuzahlen.

Der Verkäufer seinerseits dagegen haftet ex venditione, ex vendito, und muß demgemäß theils die verkaufte Sache, cum omni causa, dem Käufer tradiren, theils diesem Letzteren auch, in doppelter Beziehung, dabei eine gewisse Gewähr leisten. Er ist nämlich vorerst, zwar nicht zunächst dazu verpflichtet, den Käufer gerade zum Eigenthümer der ihm verkauften Sache zu machen. Allein er hat doch dafür einzustehen, ut emtori rem habere liceat, er muß evictionem praestare. Er hat ferner dafür Gewähr zu leisten, theils daß die verkaufte Sache an keinen verborgenen, verheimlichten, ungewöhnlichen, physischen Fehlern leide, theils daß sie auch daneben die

besonders versprochenen guten Eigenschaften habe. Diese doppelte Gewährleistungsverbindlichkeit lag allerdings ursprünglich, in solcher Strenge, dem Verkäufer nicht schon von selbst aus dem Contracte ob, sondern nur dann, wenn er sie besonders, durch Stipulation, daneben übernommen hatte. Allein späterhin, besonders durch Vermittelung des prätorischen und ädilicischen Rechtes, wurde sie als eine, sich von selbst verstehende und schon im Wesen des Kaufcontractes liegende betrachtet; zuerst freilich blos in Rücksicht gewisser verkaufter Waaren, namentlich der Sclaven und Lastthiere, bald aber auch sonst ganz allgemein, in Rücksicht aller Waaren. Die Klagen, welche aus dieser Gewährleistungsverbindlichkeit dem Käufer gegen den Verkäufer zustehen, sind theils die Contractsklage, actio emti, theils zwei ädilicische Klagen, nach Wahl des Käufers, die actio redhibitoria und die actio quanti minoris, theils endlich eine actio ex stipulatu; letztere nämlich für den Fall, wenn der Käufer sich, was zu verlangen er auch noch nach dem neuesten Rechte befugt ist, durch ein besonderes Stipulationsversprechen, vom Verkäufer in allen diesen Beziehungen ausdrücklich hat sicher stellen lassen.

Eine gemeinschaftliche Verbindlichkeit beider Contrahenten ist, daß sie sich gegenseitig für jede culpa haften.

Emtio et venditio contrahitur, simulatque de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit, ac ne arrha quidem data fuerit. Nam, quod arrhae nomine datur, argumentum est emtionis et venditionis contractae.

Pretium autem constitui oportet. Nam nulla emtio sine pretio esse potest; sed et certum pretium esse debet.

Item pretium in numerata pecunia consistere debet. Nam in ceteris rebus, an pretium esse possit, veluti an homo, an fundus, aut toga alterius rei pretium esse possit, valde quaerebatur. — Sed Proculi sententia dicentis, permutationem propriam esse speciem contractus, a venditione separatam, merito praevaluit.

Quum autem emtio et venditio contracta sit, quod effici diximus, simulatque de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur, periculum rei venditae statim ad emtorem pertinet, tametsi ea res emtori tradita non sit. Itaque, si homo mortuus sit, vel aliqua corporis parte laesus fuerit, aut aedes totae, vel aliqua ex parte incendio consumtae fuerint, aut fundus vi fluminis totus, vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquae, aut arboribus turbine dejectis longe minor, aut deterior esse

coeperit, emtoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. Quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. Sed et si post emtionem fundo aliquid per alluvionem accessit, ad emtoris commodum pertinet. Nam et commodum ejus esse debet, cujus periculum est. Pr. §. 1. 2 et 3. Inst. III, 23. de emtione et venditione.

Sive tota res evincatur, sive pars, habet regressum emtor in venditorem. Ulpianus in fr. 1. D. XXI, 2. de evictionibus et duplae stipulatione.

Ajunt aediles: Qui mancipia vendunt, certiores faciant emtores, quid morbi vitiique cuique sit, quis fugitivus errove sit, noxave solutus non sit, eademque omnia, quum ea mancipia venibunt, palam recte pronunciato. Quodsi mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit, quum veniret, fuisset, quod ejus praestari oportere dicetur, emtori omnibusque, ad quos ea res pertinet, judicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur.

Causa hujus edicti proponendi est, ut occurratur fallaciis vendentium, et emtoribus succurratur, quicunque decepti a venditoribus fuerint; dummodo sciamus, venditorem, etiamsi ignoravit ea, quae aediles praestare jubent, tamen teneri deberi. fr. 1. et 2. D. XXI, 1. de aedilicio edicto.

Est in potestate emtoris, intra sex menses redhibitoria agere malit, an ea, quae datur, quanti minoris homo, cum veniret, fuerit. Julianus in fr. 25. §. 1. D. XLIV, 2. de exceptione rei judic.

§. 136.

Der Miethcontract.

Gai. Comm. lib. III. §. 142. sq. — Inst. lib. III. tit. 24. de locatione et conductione. — Dig. lib. XIX. tit. 2. locati conducti. — Cod. lib. IV. tit. 65. de locato et conducto.

Der Mieth- oder Pachtcontract, locatio et conductio, auch locatio conductio genannt, wird abgeschlossen dadurch, daß der eine Contrahent, der Vermiether, Verpachter, locator, dem anderen Contrahenten, dem Miether, Pachter, conductor, colonus, für eine bestimmte Summe Geld, das Miethgeld, merces, entweder die Ueberlassung einer Sache, zu einem genauer bestimmten, jedenfalls blos temporären Gebrauche, oder die Leistung von gewissen Diensten und Arbeiten verspricht.

Auch aus diesem Contracte werden beide Contrahenten, durch ultro citroque obligationes, einander gegenseitig verpflichtet, aber gerade eben so, wie bei dem Kaufcontracte, jeder zu besonderen, verschiedenen Leistungen. Darauf weist wieder schon der doppelte, zusammengesetzte Name locatio et conductio hin. Darum stehen auch nicht blos beiden Contrahenten gegen einander Klagen zu, sondern auch jedem eine besondere, dem Vermiether die actio locati, dem Miether die actio conducti.

Der Vermiether ist verpflichtet, bei der locatio conductio rerum, zur Ueberlassung der vermietheten Sache an den Miether im brauchbaren Zustande, für die Dauer der verabredeten Miethzeit, rem ad usum habilem praestare, bei der locatio conductio operarum, zu der Leistung der vermietheten operae illiberales, s. locari solitae, nach der Anweisung des Miethers, endlich, bei der locatio conductio operis, zu der accordmäßigen Stellung und Lieferung des im Ganzen übernommenen Werkes, opus, als eines bestimmten Resultates der Dienste.

Dagegen geht die Verbindlichkeit des Miethers auf Bezahlung, jedoch nur auf nachfolgende Bezahlung des versprochenen Miethgeldes, und daneben, bei der locatio conductio rerum, auf Restitution der gemietheten Sache in specie nach beendigtem Contracte. Konnte indessen die Sache, wegen ihres fehlerhaften Zustandes, oder in Folge eines sie treffenden Zufalles, den Nutzen, zu welchem sie vermiethet war, nicht gewähren, so kann der Miether, oder Pachter einen verhältnißmäßigen Nachlaß, remissio, des Mieth- oder Pachtgeldes in Anspruch nehmen.

Eine gemeinschaftliche Verbindlichkeit beider Contrahenten ist, daß sie einander gegenseitig für jede culpa haften.

Locatio et conductio proxima est emtioni et venditioni iisdemque juris regulis consistit. Nam, ut emtio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit, sic et locatio et conductio ita contrahi intelligitur, si merces constituta sit; et competit locatori quidem locati actio, conductori vero conducti.

Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet, et, si quid in lege praetermissum fuerit, id ex bono et aequo debet praestare. Qui pro usu aut vestimentorum, aut argenti, aut jumenti mercedem aut dedit, aut promisit, ab eo custodia

talis desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet. Quam si praestiterit, et aliquo casu rem amiserit, de restituenda ea non tenebitur. Pr. et §. 5. Inst. III, 24. de locat. et conduct.

Emtorem quidem fundi necesse non est, stare colono, cui prior dominus locavit, nisi ea lege emit. Alexand. in c. 9. C. IV, 65. de locato.

Qui fundum fruendum, vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum, vel aedes vendat, curare debet, ut apud emtorem quoque eadem pactione et colono frui, et inquilino habitare liceat; alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto. Gaius in fr. 25. §. 1. D. XIX, 2. locat. cond.

Papinianus libro IV. responsorum ait, si uno anno remissionem quis colono dederit ob sterilitatem, deinde sequentibus annis contigit uberitas, nihil obesse domino remissionem, sed integram pensionem etiam ejus anni, quo remisit, exigendam. Ulpianus in fr. 15. §. 4. D. eod.

§. 137.

Die societas.

Gai. Comm. lib. III. §. 148. sq. — Inst. lib. III. tit. 25. de societate. — Dig. lib. XVII. tit. 2. pro socio. — Cod. lib. IV. tit. 37. pro socio.

Der Gesellschaftscontract, societas, wird abgeschlossen dadurch, daß die Contrahenten, welche hier beide gleichmäßig socii heißen, zur Erreichung eines bestimmten, erlaubten Zweckes, eine gewisse pecuniäre Gemeinschaft unter einander verabreden.

Aus dieser societas, welche freilich, ihrem bestimmten Gegenstande und ihrem Umfange nach, je nach der getroffenen Verabredung, sehr verschieden sein, namentlich nicht blos auf Gemeinschaft einzelner Vermögensstücke, sondern auch sogar, als societas omnium bonorum, auf Gemeinschaft des gesammten Vermögens gerichtet sein kann, werden nicht nur wesentlich beide Contrahenten, ultro citroque, einander verpflichtet, sondern auch im Ganzen zu denselben wechselseitigen Prästationen. Sie haben nämlich einander vorerst die verabredeten Beiträge zu leisten. Diese sind zwar im Zweifel gleich, können aber auch verschieden verabredet werden, nur freilich mit der Beschränkung, daß darin keine Schenkung für den einen socius, oder umgekehrt keine alleinige Beschwerung für ihn liegen darf. Es hat ferner jeder socius über seine Verwaltung der Gemeinschaft den Uebri-

gen, auf deren Verlangen, Rechnung abzulegen, wobei Jeder dem Anderen talem diligentiam, qualem in suis rebus adhibere solet, zu präſtiren hat. Um dieſe Anſprüche zu verfolgen, ſteht jedem socius gegen den anderen dieſelbe actio pro socio zu, welche auch von beiden Seiten directa iſt. Läßt es der mit dieſer Klage belangte socius bis zu ſeiner Verurtheilung kommen, ſo wird er infam. Die Auflöſung der Societät wird ſehr erleichtert, um den ſo oft aus Gemeinſchaften entſtehenden Streitigkeiten unter den Mitintereſſenten, ſobald ſie nicht mehr zuſammenpaſſen, zu begegnen. Daher iſt denn auch ſelbſt die Verabredung einer societas in aeternum unverbindlich, und es kann vielmehr jeder socius, welcher nicht länger in der bisherigen societas verbleiben will, zu jeder Zeit einſeitig aufkündigen, renunciare. Nur bleibt, wer dolose einſeitig aufkündigt, für ſeinen Dolus dabei dem Mitcontrahenten verhaftet. Auch das iſt eigenthümlich, daß das bisherige Obligationsverhältniß ſchon durch den Tod des einen socius aufgelöſt wird.

Societatem coire solemus aut totorum bonorum, quam Graeci specialiter κοινοπραξίαν appellant, aut unius alicujus negotiationis, veluti mancipiorum emendorum vendendorumque, aut olei, vini, frumenti emendi vendendique.

Et quidem, si nihil de partibus lucri et damni nominatim convenerit, aequales scilicet partes et in lucro et in damno spectantur. Quod si expressae fuerint partes, hae servari debent.

Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, sicut is, qui deponi apud se passus est, an etiam culpae, id est, desidiae atque negligentiae nomine, quaesitum est. Praevaluit tamen, etiam culpae nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est. Sufficit enim, talem diligentiam in communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet. Nam, qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri, id est, sibi imputare debet. Pr. §. 1. et §. 9. Inst. III, 25. de societate.

Nec praetermittendum esse, Pomponius ait, ita demum hoc esse verum, si honestae, licitae rei societas coita sit. Ceterum, si maleficii societas coita sit, constat, nullam esse societatem. Generaliter enim traditur, rerum inhonestarum nullam esse societatem. Ulpianus in fr. 57. D. XVII, 2. pro socio.

Donationis causa societas recte non contrahitur. Idem in fr. 5. §. 2. D. eod.

§. 138.

Das mandatum.

Gai. Comm. lib. III. §. 155. sq. — Inst. lib. III. tit. 26. de mandato. — Dig. lib. XVII. tit. 1. mandati vel contra. — Cod. lib. IV. tit. 35. mandati vel contra.

Der Bevollmächtigungscontract, mandatum, wird abgeschlossen dadurch, daß der eine Contrahent, der Bevollmächtigte, mandatarius, procurator, dem anderen Contrahenten, dem Vollmachtgeber, mandans, verspricht, unentgeltlich gewisse erlaubte Handlungen für ihn und zunächst in dessen Interesse vorzunehmen. Dabei ist kein Unterschied zwischen liberales und illiberales operae.

Es liegt schon in diesem Begriffe des mandatum, daß es, an und für sich, nur ein einseitiger Vertrag ist, woraus zunächst nur der Eine Contrahent, der mandatarius, verpflichtet wird, nämlich zur unentgeltlichen, fleißigen Besorgung der übernommenen fremden Angelegenheiten, so wie hinterdrein zur Rechnungsablage an den Mandanten. Daher erwirbt auch aus dem Mandate zunächst nur der Mandant eine Klage, die mandati actio, gegen den Mandatar, auf Erfüllung der genannten Verbindlichkeiten. Sie hat das Eigenthümliche, daß sie den damit Verklagten, wenn er es dabei bis zu seiner Verurtheilung kommen läßt, als einen Treulosen, infamirt. Uebrigens steht, wo es die besonderen Umstände mit sich bringen, ausnahmsweise auch dem Mandatar, unter dem Namen mandati actio contraria, eine Klage gegen den Mandanten zu. Damit kann er jedoch, nach dem Wesen des Mandates, niemals ein honorarium für seine Mühewaltung, als solche, in Anspruch nehmen, sondern nur Schadloshaltung. Denn, wenngleich das Versprechen einer solchen Belohnung möglich ist, so kann doch selbst dann das versprochene honorarium nicht aus dem Mandatscontracte, sondern nur aus einem anderen Contracte, mit einer persecutio, im Gefolge einer extraordinaria cognitio, gefordert werden. Beide Contrahenten haften einander für jede culpa.

Regelmäßig und zunächst bezweckt freilich das Mandat das Interesse des Mandanten. Doch kann es daneben auch zugleich

mit das Intereſſe des Mandatares betreffen. Damit hängt zuſammen das mandatum in rem propriam, als Form einer zu bewerkſtelligenden Ceſſion.[1])

Mandatum contrahitur quinque modis: sive sua tantum gratia aliquis tibi mandet, sive sua et tua, sive aliena tantum, sive sua et aliena, sive tua et aliena. At, si tua tantum gratia mandatum sit, supervacuum est, et ob id nulla obligatio, nec mandati inter vos actio nascitur.

Tua gratia intervenit mandatum, veluti si tibi mandet, ut pecunias tuas in emtiones potius praediorum colloces, quam foeneres, vel ex diverso, ut foeneres potius, quam in emtiones praediorum colloces. Cujus generis mandatum magis consilium, quam mandatum est, et ob id non est obligatorium: quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei, cui dabitur; cum liberum cuique sit, apud se explorare, an expediat consilium.

Illud quoque mandatum non est obligatorium, quod contra bonos mores est, veluti si Titius de furto, aut de damno faciendo, aut de injuria facienda tibi mandet. Licet enim poenam istius facti nomine praestiteris, non tamen ullam habes adversus Titium actionem. — In summa sciendum est, mandatum, nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere. Nam, mercede constituta, incipit locatio et conductio esse. Pr. §. 6. 7. 13. Inst. III. 26. de mandato.

A procuratore dolum et omnem culpam, non etiam improvisum casum praestandum esse, juris auctoritate manifeste declaratur. Dioclet. et Maxim. in c. 13. C. IV, 35. mand.

Contrario judicio experiuntur, qui mandatum susceperunt, ut puta, qui rerum, vel rei unius procurationem susceperunt. Ulpianus in fr. 12. §. 7. D. XVII, 1. mandati vel contra.

II.

Allmählige Erweiterung des Kreiſes der klagbaren Verträge.

§. 139.

Vorbemerkung.

Je mehr der Verkehr zunahm, deſto fühlbarer mochte, trotz der allgemein anwendbaren und erleichterten Form der Stipulation, das Beengende des bisherigen, ſtreng geſchloſſenen Contractſyſtemes werden. Dieſes führte allmählig, zwar nicht zur Auf-

[1]) S. oben §. 123.

hebung deſſelben, aber doch theils zu einer ganzen Reihe von Erweiterungen deſſelben, theils zur ſonſtigen Klagbarmachung gewiſſer Verträge.

Auf dieſe Weiſe ſind manche, urſprünglich nicht klagbare Verträge klagbar geworden. Geſchah das nun ſchon durch das ältere Civilrecht ſelbſt, mittelſt einer wirklichen Erweiterung des urſprünglich engeren Contractſyſtemes, ſo fielen die auf dieſe Weiſe allmählig klagbar gewordenen Verträge noch unter den Begriff und Namen der contractus. Dahin gehören die, des Zuſammenhanges wegen, ſchon oben[1]) eingereihten unbenannten Realcontracte, als eine allmählige Erweiterung der urſprünglichen obligationes, quae re contrahuntur; ferner die ſ. g. pacta adjecta.[2]) Geſchah es aber erſt ſpäter, oder gar nicht durch das ältere Civilrecht, alſo nicht als reine Erweiterung des Contractſyſtemes, ſo hießen die ſo klagbar gewordenen Verträge nicht contractus, ſondern nur klagbare pacta. Dahin gehören die ſ. g. pacta praetoria und pacta legitima.[3])

Dagegen iſt der Gedanke, daß überhaupt alle Verträge, pacta, in formeller Hinſicht, auch ohne Anwendung von Stipulationsform eben ſo klagbar ſein ſollen, wie Stipulationsverträge, ſelbſt dem neueſten juſtinianiſchen Rechte noch ganz fremd. Erſt unter einem Nachfolger Juſtinian's, unter Kaiſer Leo, ging er in die römiſch-griechiſche Geſetzgebung über, und ſo wurde die Stipulationsform, in dieſer Beziehung, ganz beſeitigt.[4])

§. 140.

Erweiterungen durch die ſ. g. pacta adjecta.

Es lag der Gedanke ſehr nahe, gewiſſe Nebenverträge, welche, ihrem Inhalte nach, nur zu erlaubten, genaueren Modificirungen eines ſchon an ſich klagbaren Contractes dienten, als integrirender Theil dieſes Hauptcontractes zu behandeln, und deßhalb die Klage aus dieſem letzteren mit auf jene zu er-

[1]) S. §. 130.

[2]) S. §. 140.

[3]) S. §. 141. u. 142.

[4]) Nov. Leonis 72.

ſtrecken. Darauf beruht die Klagbarkeit der heut zu Tage ſo genannten pacta adjecta, indem ſie, als ſolche, in dem Hauptcontracte ſelbſt ganz aufgehen. Nur mußte natürlich der Hauptcontract ſelbſt und die Klage daraus, ihrem Weſen nach, an ſich eine ſolche Erweiterung juriſtiſch zulaſſen, und das war eben der Fall nur bei denjenigen Contracten, aus welchen eine bonae fidei actio entſprang. Es durfte ferner der beigefügte Nebenvertrag, ſeinem beſonderen Inhalte nach, dem Weſen des Hauptcontractes nicht ſchon an ſich widerſprechen und ihn zu einem ganz anderen machen, ſondern ihn nur in einzelnen Punkten modificiren. Endlich mußte auch der Nebenvertrag, um mit ihm gewiſſermaaßen auch in dieſer Beziehung zuſammenzufallen, dem Hauptcontracte unmittelbar gleich bei deſſen Abſchließung beigefügt werden.

Ait Praetor: pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo. Ulpian. in fr. 7. §. 7. D. II, 14. de pactis.

In bonae fidei contractibus ita demum ex pacto actio competit, si in continenti fiat. Nam, quod postea placuit, id non petitionem, sed exceptionem parit. Maxim. in c. 13. C. II, 3. de pactis.

Nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem. Quinimo interdum format ipsam actionem, ut in bonae fidei judiciis. Solemus enim dicere, pacta conventa inesse bonae fidei judiciis. Sed hoc sic accipiendum est, ut, siquidem ex continenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint. Ex intervallo non inerunt, nec valebunt, si agat; ne ex pacto actio nascatur. Ulpian. in fr. 7. §. 5. D. II, 14. de pactis.

§. 141.

Erweiterung durch die ſ. g. pacta praetoria.

Dig. lib. XIII. tit. 5. de constituta pecunia. — Cod. lib. IV. tit. 18. de const. pec.

Es lag ganz in dem Geiſte des prätoriſchen Rechtes, das ſtrenge Klagen- und Contractſyſtem des Civilrechtes zu mildern und deßhalb da, wo es das Bedürfniß und die Billigkeit zu fordern ſchien, aus gewiſſen Verträgen, obgleich ſie an ſich bloße pacta waren, im Edicte eine actio zu gewähren.

Am weiteſten ging dabei der Prätor durch Klagbarmachung des constitutum, indem er den allgemeinen Grundſatz ausſprach, daß jeder Vertrag, wodurch die Erfüllung einer ſchon außerdem vorhandenen, eigenen, oder fremden, civilis, oder naturalis obligatio verſprochen wird, auch ohne Stipulationsform, alſo ſchon als bloßes pactum, klagbar ſein ſollte. Die prätoriſche Klage daraus hieß actio de constituta pecunia. Doch war ſie urſprünglich, dem Gegenſtande nach, nur auf die Leiſtung von Geld, oder anderen res, quae numero, pondere, vel mensura consistunt, beſchränkt, und erſt Juſtinian hat dieſe Beſchränkung aufgehoben.

Als ſonſtiges Beiſpiel eines durch den Prätor klagbar gewordenen Vertrages erſcheint das ſchon früher erwähnte pactum hypothecae.[1])

In personam quoque actiones ex sua jurisdictione propositas habet praetor, veluti de pecunia constituta.

De constituta autem pecunia cum omnibus agitur, quicunque pro se, vel pro alio soluturos se constituerint, nulla scilicet stipulatione interposita; nam alioqui, si stipulanti promiserint, jure civili tenentur. §. 8 et 9. Inst. IV, 6. de action.

§. 142.

Erweiterung durch die ſ. g. pacta legitima. Die Schenkung insbeſondere.

Inst. lib. II. tit. 7. de donationibus. — Dig. lib. XXXIX. tit. 5. de donat. — Cod. lib. VIII. tit. 54. de donat tit. 56. de revocandis donationibus.

Unter dem, freilich nicht römiſchen Kunſtausdrucke pacta legitima verſteht man heut zu Tage ſolche pacta, welche zwar durch das Civilrecht ſelbſt, aber freilich erſt durch das neuere Civilrecht, Klagbarkeit erhalten und gerade deßhalb, trotz ihrer nunmehrigen civilrechtlichen Klagbarkeit, den Namen pacta beibehalten haben.

Ein wichtiges Beiſpiel liefert der Schenkungsvertrag, die donatio, in dieſem engeren Sinne des Wortes, wodurch Jemand vertragsmäßig ſich verpflichtet, eine Sache ſchenkungsweiſe an einen Anderen hinzugeben.

Auszugehen iſt dabei von dem Begriffe der donatio im

[1]) Vgl. oben §. 113.

weiteren Sinne, worunter man eine absichtliche Veräußerung aus reiner Liberalität versteht, wodurch Jemand, animo donandi, d. h. ohne irgend dazu rechtlich verpflichtet zu sein, und ohne irgend eine Gegenleistung dafür anzusprechen, also ganz unentgeltlich, einem Anderen irgend einen Vermögensvortheil zuwenden will. Es kann das also nicht blos in Form eines Vertrages des Schenkers mit dem Beschenkten, von welchem allerdings hier zunächst die Rede ist, sondern auch in Form von anderen Rechtsgeschäften geschehen.

Bei dem eigentlichen Schenken, welches überhaupt wenig im Charakter der Römer lag, traten ursprünglich viele gesetzliche Beschränkungen ein, von welchen es sich erst allmählig etwas freier gemacht hat.

Eine solche Beschränkung betraf vorerst theils das Quantum, theils die Form der Schenkung. Denn die lex Cincia de donis et muneribus aus dem J. 550 nach E. R. verbot alle Schenkungen über ein gewisses bestimmtes, uns jedoch unbekanntes Maaß, legitimus modus, hinaus. Dasselbe Gesetz schrieb, außer und neben dem Maaße, für die Schenkung, damit sie eine donatio perfecta sei, die Beobachtung einer gewissen Form vor, indem sie nur durch sofortige Uebertragung des Eigenthumes und des Besitzes, also durch Mancipation und Tradition geschehen sollte. War dagegen gefehlt worden, so zog das zwar nicht Nichtigkeit der Schenkung nach sich, aber es konnte doch die gemachte Schenkung, aus diesem Grunde, wenigstens hinterdrein vom Schenker revocirt werden. Nur, wenn die Schenkung an gewisse bestimmte, mit dem Schenker durch Cognation, Agnation, Affinität, oder Patronatsverhältniß eng verbundene und deßhalb privilegirte Personen, die exceptae personae, gemacht worden, litten beide Gesetzesbestimmungen eine Ausnahme. Späterhin sind übrigens alle diese, auf der lex Cincia beruhenden Beschränkungen der Schenkungsfreiheit wieder abgekommen.

Dagegen hatte sich, durch kaiserliche Constitutionen, besonders seit Constantius Chlorus und noch allgemeiner seit Constantin, ganz unabhängig von der lex Cincia, der Grundsatz gebildet, daß Schenkungen an Werth über eine gewisse Summe, über 200 Solidi, regelmäßig, wenn sie Bestand haben sollten,

gerichtlich zu Protocoll erklärt, insinuirt werden mußten. Justinian hat diese Insinuationsverbindlichkeit zwar bestätigt, aber nur für Schenkungen über die Summe von 300, nach einer noch späteren Vorschrift, von 500 Solidi hinaus. Ist ohne solche gerichtliche Insinuation geschenkt worden, so ist die Schenkung zwar bis zu jenem gesetzlich bestimmten Betrage gültig, aber über denselben hinaus nichtig. Uebrigens leidet die ganze Regel manche, nicht unbedeutende Ausnahmen.

Eine fernere Eigenthümlichkeit der donatio besteht darin, daß selbst eine vollkommen wirksam geschehene, sogar schon erfüllte Schenkung vom Schenker hinterdrein unter Umständen revocirt werden konnte. Am weitesten ging dieses Revocationsrecht bei den Schenkungen des Patronus an seinen Freigelassenen, indem es ursprünglich ersterem ohne Beschränkung und ohne besonderen Grund zustand. Nach dem neuesten römischen Rechte aber nur dann, wenn der Patron hinterdrein noch selber Kinder bekommt. Eine Schenkung an andere Personen kann nur dann von dem Schenker revocirt werden, wenn sich der Beschenkte hinterdrein gegen ihn bis zu einem gewissen Grade undankbar bewiesen hat.

Wie und warum Schenkungen unter Ehegatten schon ziemlich früh unbedingt verboten waren, davon unten im Eherechte.

Endlich konnte, was zunächst hierher gehört, bis auf Justinian aus einem einfachen Schenkungsvertrage, als einem bloßen pactum, wenn auch sonst dem donare nichts entgegen stand, nicht auf Erfüllung, namentlich nicht auf Ablieferung der geschenkten Sache geklagt werden. Sollte also der Schenkungsvertrag Klagbarkeit haben, so mußte er in Stipulationsform abgeschlossen werden. Doch wurde es, seit Antoninus Pius, damit nicht so streng genommen, wenn Eltern und Kinder sich etwas schenkten, indem hier jede sichere Willenserklärung des Schenkers schon hinreichen sollte, um dem animus donandi Wirksamkeit zu verschaffen. Noch viel weiter ging Justinian, indem er ganz allgemein jedem Beschenkten schon aus dem einfachen Schenkungsvertrage eine Klage auf Erfüllung, auf Tradition der geschenkten Sache gestattete. Dadurch wurde die donatio, als Vertrag, zu einem klagbaren, s. g. pactum legitimum erhoben.

Alles bisher über die donatio Bemerkte, namentlich ihre mannigfachen gesetzlichen Beschränkungen, treffen übrigens zunächst blos die inter vivos donationes. Die mortis causa donatio hatte dagegen von jeher eine gewisse Verwandtschaft mit einem Vermächtnisse, einem legatum, und im neuesten römischen Rechte ist sie sogar fast ganz den Legaten gleichgestellt worden. Gerade deßhalb wird sie passender ihren spezielleren Platz einnehmen im Erbrechte, bei der Lehre von den Vermächtnissen.

Legitima conventio est, quae lege antiqua confirmatur; et ideo interdum ex pacto actio nascitur. Paulus in fr. 6. D. II, 14. de pactis.

Donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur. Papinianus in fr. 29. pr. D. XXXIX, 5. de donat.

Eam, quae bona sua filiis per epistolam, citra stipulationem donavit, si neque possessionem rerum singularum tradidit, neque per mancipationem praediorum dominium transtulit, nec interpositis delegationibus, aut inchoatis litibus actiones novavit, nihil egisse placuit. Fragmenta Vaticana. §. 263.

Perficitur donatio in exceptis personis sola mancipatione, vel promissione, quoniam neque Cinciae legis exceptio obstat, neque in factum, si non donationis causa mancipavi, vel promisi, me daturum; idque Divus Pius rescripsit. Sed in persona non excepta sola mancipatio, vel promissio non perficit donationem. Fragm. Vatic. §. 310 et 311.

Donationum autem duo genera sunt, mortis causa et non mortis causa.

Mortis causa donatio est, quae propter mortis fit suspicionem, cum quis ita donat, ut, si quid humanitus ei contigisset, haberet is, qui accepit; sin autem supervixisset, qui donavit, reciperet, vel si eum donationis poenituisset, aut prior decesserit is, cui donatum sit. Hae mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia.

Aliae autem donationes sunt, quae sine ulla mortis cogitatione fiunt, quas inter vivos appellamus; quae non omnino comparantur legatis. Quae si fuerint perfectae, temere revocari non possunt. Perficiuntur autem, cum donator suam voluntatem scriptis, aut sine scriptis manifestaverit. Sed ad exemplum venditionis nostra constitutio (c. 35. C. VIII, 54. de donat.) eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit, ut, etiamsi non traduntur, habeant plenissimum et perfectum robur, et traditionis necessitas incumbat donatori. Et, cum retro principum dispositiones insinuari eas actis intervenientibus volebant, si majores fuerant ducentorum solidorum: constitutio nostra eam quantitatem usque ad quingentos solidos ampliavit, quam stare etiam sine

insinuatione statuit. Sed et quasdam donationes invenit, quae penitus insinuationem fieri minime desiderant, sed in se plenissimam habent firmitatem. — Sciendum est tamen, quod, etsi plenissimae sint donationes, si tamen ingrati existant homines, in quos beneficium collatum est, donatoribus per nostram constitutionem licentiam praestavimus, certis ex causis eas revocare; ne, qui suas res in alios contulerunt, ab his quandam patiantur injuriam, vel jacturam, secundum enumeratos in constitutione nostra modos. §. 1. et 2. Inst. II, 7. de donationibus.

Zweiter Titel.

Von den Obligationen, welche quasi ex contractu entstehen.

§. 143.

Allgemeiner Begriff dieser Rubrik.

An die Obligationen ex contractu knüpft das römische Obligationensystem gewisse klagbare Obligationen an, von denen im Allgemeinen nur gesagt wird, daß sie quasi ex contractu entspringen. Die gemeinschaftlichen Merkmale, wodurch sich diese s. g. Quasicontracte, ohne wirkliche contractus zu sein, dennoch an diese letzteren anschließen, wenigstens mehr, als an die delicta, sind folgende. Sie beruhen sämmtlich, ihrem Entstehungsgrunde nach, wie die Contracte, auf an sich erlaubten Handlungen. Sie begründen ferner, wie die Contracte, civilrechtliche Obligationen, ohne sie jedoch zunächst zu bezwecken. Deßhalb suchen denn auch die römischen Juristen, sie, im einzelnen Falle, mit irgend einem bestimmten Contracte annähernd zu vergleichen und dessen Analogie für sie in Anspruch zu nehmen, ohne dieses jedoch consequent durchführen zu können.

Der strengen Consequenz nach, hätten nun die Römer unter diese Rubrik auch die klagbaren pacta bringen sollen. Allein davon findet sich wenigstens in unseren Rechtsquellen selbst keine Spur. Denn nur gewisse einseitige, erlaubte Handlungen, aus welchen vertragsähnliche klagbare Obligationen entspringen, sind es, welche die Römer als Beispiele aufführen.

Post genera contractuum enumerata dispiciamus etiam de his obligationibus, quae non proprie quidem ex contractu nasci intelliguntur, sed tamen, quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur. Pr. Inst. III, 27. de obligat. quasi ex contractu.

§. 144.

Einzelne Fälle, als Beispiele.

Inst. lib. III. tit. 27. de obligationibus quasi ex contractu. — Dig. lib. III. tit. 5. de negotiis gestis. — Cod. lib. II. tit. 19. de neg. gest — Dig. lib. X tit 1. finium regundorum. tit 2. familiae herciscundae. tit. 3. communi dividundo. — Cod. lib. III. tit. 36. familiae herciscundae. tit. 37. communi dividundo. tit. 38. communia utriusque judicii. tit. 39. finium regundorum. — Dig. lib. XII. tit. 6. de condictione indebiti. — Cod. lib. IV. tit. 5. de cond. ind.

Es gehören dahin, nach Anleitung von Justinian's Institutionen, folgende Obligationsverhältnisse, ohne daß jedoch dieselben als erschöpfend betrachtet werden können und sollen.

1. Der Fall der negotiorum gestio, der absichtlichen Besorgung fremder Geschäfte, zwar ohne Auftrag dazu, aber doch theils nicht gegen ein Verbot desjenigen Anderen, dessen Geschäfte man besorgt, theils in der erweislichen Absicht, um diesen Anderen dadurch zu verpflichten. Es schließt sich allerdings diese negotiorum gestio einigermaaßen an den Mandatscontract an, und bringt wenigstens unter Umständen, wie dieser, eine ultro citroque obligatio zwischen dem dominus negotiorum und zwischen dem negotiorum gestor hervor, mit Klagen auf beiden Seiten, der actio negotiorum gestorum directa und contraria.

2. Der Fall der Uebernahme einer tutela, wodurch zunächst der tutor sich seinem Pupillen zu einer pflichtmäßigen Vormundschaftsverwaltung verbindlich macht. Es schließt sich das, als eine Art von gesetzlicher Bevollmächtigung, sehr natürlich an das mandatum an, begründet also wieder eine ultro citroque obligatio zwischen dem tutor und seinem Pupillen, mit Klagen auf beiden Seiten. Auch sind die actio tutelae directa, welche der Pupill daraus gegen den Vormund, so wie die actio tutelae contraria, welche der Vormund daraus gegen den Pupillen erhält, in der That den Mandatsklagen nachgebildet.

3. Der Fall einer nicht durch vertragsmäßige Verabredung, sondern durch bloße zufällige Ereignisse begründeten Vermögensgemeinschaft, communio, unter mehreren Personen, welcher sich in der That, seinen rechtlichen Folgen nach, an den Societätscontract anknüpfen und damit vergleichen läßt. Er begründet ultro citroque für die Gemeinschaftsinteressenten ähnliche Ob-

ligationen, wie die societas, welche daher auch mit derselben directen Klage auf beiden Seiten, nämlich mit einer, der actio pro socio nachgebildeten, s. g. Theilungsklage, divisorium judicium, verfolgt werden. Diese Theilungsklage erhält, den Umständen und dem Gegenstande der Gemeinschaft nach, bald den generellen Namen eines communi dividundo judicium, bald einen specielleren. Nämlich den eines familiae herciscundae judicium dann, wenn von einer unter die Miterben zu theilenden gemeinschaftlichen Erbschaftsmasse die Rede ist. Ist dagegen, durch eine entstandene Grenzverwirrung, unter Grenznachbarn eine unwillkürliche Gemeinschaft eingetreten, so heißt die einem solchen Grenznachbar zustehende, auf Regulirung der Grenzen und Aufhebung dieser Gemeinschaft gerichtete Klage judicium finium regundorum und hat manches Eigenthümliche.

4. Der Fall der indebiti solutio, indem der Empfänger einer Nichtschuld von dem irrthümlich Zahlenden mit der condictio indebiti auf Zurückgabe des wirklich indebite Empfangenen belangt werden kann. Schon wegen der durch den Empfang, re, begründeten, rein einseitigen Obligation, und der daraus entspringenden condictio, glaubten die Römer, dieses Rechtsverhältniß mit dem mutuum vergleichen zu dürfen.

5. Der Fall, wenn der zum Erben Berufene die ihm deferirte Erbschaft antritt. Denn dadurch wird er den Vermächtnißnehmern, den Legataren, klagbar verpflichtet, als nunmehriger Erbe, die ihm von dem Erblasser rechtsgültig aufgelegten Vermächtnisse auszuzahlen. Das läßt sich nicht ein Mal an einen bestimmten Contract vergleichend anknüpfen.

Igitur cum quis absentis negotia gesserit, ultro citroque inter eos nascuntur actiones, quae appellantur negotiorum gestorum; sed domino quidem rei gestae adversus eum, qui gessit, directa competit actio, negotiorum autem gestori contraria. Quas ex nullo contractu proprie nasci, manifestum est; quippe ita nascuntur istae actiones, si sine mandato quisque alienis negotiis gerendis se obtulerit, ex qua causa hi, quorum negotia gesta fuerint, etiam ignorantes obligantur. Idque utilitatis causa receptum est, ne absentium, qui subita festinatione coacti, nulli demandata negotiorum suorum administratione, peregre profecti essent, desererentur negotia, quae sane nemo curaturus esset, si de eo, quod quis impendisset, nullam habiturus esset actionem. Sicut autem is, qui utiliter gesserit negotia, habet obligatum dominum

negotiorum, ita et contra iste tenetur, ut administrationis rationem reddat; quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem, nec sufficit, talem diligentiam adhibuisse, qualem suis rebus adhibere solet, si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia.

Tutores quoque, qui tutelae judicio tenentur, non proprie ex contractu obligati intelliguntur, (nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur); sed, quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur.

Item, si inter aliquos communis sit res sine societate, veluti quod pariter eis legata donatave esset, et alter eorum alteri ideo teneatur communi dividundo judicio, quod solus fructus ex ea re perceperit, aut quod socius ejus in eam rem necessarias impensas fecerit: non intelligitur proprie ex contractu obligatus esse, quippe nihil inter se contraxerunt; sed, quia ex maleficio non tenetur, quasi ex contractu teneri videtur Idem juris est de eo, qui coheredi suo familiae herciscundae judicio ex his causis obligatus est.

Heres quoque legatorum nomine non proprie ex contractu obligatus intelligitur. Neque enim cum herede, neque cum defuncto ullum negotium legatarius gessisse proprie dici potest. Et tamen, quia ex maleficio non est obligatus heres, quasi ex contractu debere intelligitur.

Item is, cui quis per errorem non debitum solvit, quasi ex contractu debere videtur. Adeo enim non intelligitur proprie ex contractu obligatus, ut, si certiorem rationem sequamur, magis (ut supra diximus) ex distractu, quam ex contractu possit dici obligatus esse. Nam, qui solvendi animo pecuniam dat, in hoc dare videtur, ut distrahat potius negotium, quam contrahat. Sed tamen perinde is, qui accepit, obligatur, ac si mutuum illi daretur, et ideo condictione tenetur. §. 1—6. Inst. III. 27. de obligat. quasi ex contractu.

Dritter Titel.

Von denjenigen Obligationen, welche ex delicto, oder ex maleficio entstehen.

§. 145.

Die Obligationen und Klagen ex delicto, im Allgemeinen.

Gai. Comm. lib. III. §. 182. — Inst. lib. IV. tit. 1. de obligationibus, quae ex delicto nascuntur.

Im allgemeinen, etymologischen Sinne bezeichnet das Wort delictum, oder maleficium allerdings eine jede unerlaubte Handlung, wodurch auf eine zurechenbare, verschuldete Weise, also entweder absichtlich, dolos, oder doch wenigstens durch

widerrechtliche Fahrlässigkeit, culpos, ein fremdes Recht objectiv verletzt wird; insofern daran, sowohl für den widerrechtlich Handelnden selbst, als für den Verletzten, gewisse rechtliche Folgen geknüpft sind. Allein, für das römische Obligationensystem kommt das Wort delictum technisch in einer doppelt beschränkteren Bedeutung vor. Denn, vorerst bezeichnet es hier, mit nächster Rücksicht auf die Art der rechtlichen Folgen, blos das privatum delictum, im Gegensatze der s. g. publica delicta, der eigentlichen crimina. Sodann beschränken die Römer den Begriff delictum auf solche unerlaubte Handlungen, welche selbstständige Obligationen begründen, nicht etwa blos schon vorhandene Obligationen modificiren.[1]) Endlich verstehen sie unter Delicten zuweilen, in einem mehr rein historischen Sinne, blos gewisse bestimmte, der Zahl nach geschlossene, Privatdelicte, aus welchen schon nach dem älteren Civilrechte selbstständige klagbare Obligationen entsprangen; also auf ähnliche Art, wie, nach dem Obigen, der Ausdruck contractus nur gewisse bestimmte, schon nach älterem Civilrechte klagbare Verträge bezeichnet. Der Umstand, daß einige dieser Privatdelicte späterhin durch das prätorische Recht bedeutend umgestaltet, oder erweitert worden sind, hat diesen ihren angegebenen geschichtlichen Charakter nicht zu verwischen vermocht.

Solcher vorzugsweise so genannter delicta (privata delicta) gab es ursprünglich nur zwei Arten, die injuria, als unmittelbare Verletzung der fremden Person, und das furtum, als unmittelbare Verletzung des fremden Eigenthumes. Im Laufe der Zeiten entwickelten sich aber daraus, theils durch neueres Civilrecht, theils durch das prätorische Recht, vier, sowohl dem Namen, als auch der Art des Vergehens nach, verschiedene Delicte, das furtum, die rapina, das damnum injuria datum, und die injuriae.

Die aus solchen Delicten entspringenden Obligationsklagen sind nun, ihrem Zwecke nach, allerdings oft rein auf Entschädigung gerichtet, rei persequendae causa comparatae, s. g. rei persecutoriae actiones, oder sie gehen rein auf eine in Geld bestehende Privatgenugthuung, poena (privata), poenae persequendae causa comparatae, s. g.

[1]) S. oben §. 120.

poenae persecutoriae actiones. Einige derselben sind aber auch zugleich auf beide Zwecke neben einander gerichtet, actiones tam poenae, quam rei persequendae causa comparatae, mixtae actiones, auch wohl rei et poenae persecutoriae simul genannt. Nur freilich bilden blos die beiden letzteren Arten, nämlich die allein, oder wenigstens auch zugleich mit auf poenae gerichteten, die eigentlichen Delictsklagen, während die ersteren nur sonstige, freilich bei Gelegenheit eines Delictes entstandene Obligationsklagen sind, was nicht ohne praktische Bedeutung ist. Haben ihrer Mehrere zusammen ein Delict begangen, so haften sie daraus zwar sämmtlich solidarisch, aber mit folgender Unterscheidung. In Rücksicht der Entschädigungsverbindlichkeit haften sie nur als correi, d. h. so, daß durch Bezahlung des Ganzen, von Seiten eines von ihnen, die übrigen Mitschuldigen frei werden. Dagegen die gemeinschaftlich verwirkte Privatstrafe muß jeder von ihnen, soviel es ihrer sind, ganz bezahlen und es gilt dabei nicht der Grundsatz: uno solvente reliqui liberantur.[1])

Sicher mogte es dem individuellen Gefühle des einzelnen Verletzten oft widersprechen, sich für eine ihm angethane Unbilde mit einer Geldsumme abfinden zu lassen. Daher kam im neueren römischen Rechte allmählig der Grundsatz auf, daß der Verletzte, wenigstens bei den ihm zugefügten dolosen Delicten, die Wahl haben solle, entweder civiliter gegen den Uebelthäter auf die Privatstrafe zu klagen, oder criminaliter auf eine über den Delinquirenden zu verhängende, angemessene öffentliche Bestrafung anzutragen. Der Verletzte mogte indessen diesen, oder jenen Weg einschlagen, jedenfalls traf den aus dem dolosen Delicte Verurtheilten die vom Gesetze angedrohte infamia.

Cum expositum sit superiori libro de obligationibus ex contractu et quasi ex contractu, sequitur, ut de obligationibus ex maleficio dispiciamus. Sed illae quidem, ut suo loco tradidimus, in quatuor genera dividuntur; hae vero unius generis sunt; nam omnes ex re nascuntur, id est, ex maleficio, veluti ex furto, aut rapina, aut damno, aut injuria. Pr. Inst. IV, 1. de obligat., quae ex delicto nascuntur.

Sequens autem illa divisio est, quod quaedam actiones rei persequendae gratia comparatae sunt, quaedam poenae persequendae, quaedam mixtae sunt. Rei persequendae causa com-

[1]) S. oben §. 124.

paratae sunt omnes in rem actiones. Earum vero actionum, quae in personam sunt, eae quidem, quae ex contractu nascuntur, fere omnes rei persequendae causa comparatae videntur. — Ex maleficiis vero proditae actiones aliae tantum poenae persequendae causa comparatae sunt, aliae tam poenae, quam rei persequendae, et ob id mixtae sunt. §. 16. 17. et 18. Inst. IV, 6. de action.

In heredem non solent actiones transire, quae poenales sunt ex maleficio, veluti furti, damni, injuriae, vi bonorum raptorum, injuriarum. Gai. in fr. 111. §. 1. D. L, 17. de reg. jur.

§. 146.

Das furtum insbesondere.

Gai. Comm. lib. III. §. 183. sq. — Inst. lib. IV. tit. 1. de obligationibus, quae ex delicto nascuntur.

Unter dem furtum versteht das neuere römische Recht ein jedes unberechtigte, dolose, heimliche, diebische Contrectiren, sich Vergreifen an einer beweglichen Sache, animo lucri faciendi, d. h. um sich dadurch widerrechtlich einen Vermögensvortheil zuzuwenden.

Etwas Fremdes, ihm nicht Gebührendes, muß es hiernach immer sein, was sich der fur widerrechtlich an der contrectirten Sache zuwenden, anmaaßen will. Ursprünglich war das wohl immer die Substanz der Sache selbst, furtum rei ipsius, weßhalb anfangs auch nur an eigentlich fremden Sachen ein furtum verübt werden konnte. Aber, im Gefolge einer späteren Erweiterung des Begriffes, kam noch hinzu das furtum usus, der Fall, wenn der fur, durch Contrectation der Sache, sich nur ein Gebrauchsrecht, was ein Anderer an der Sache hat, widerrechtlich anmaaßt. Von beiden unterscheidet sich endlich noch das furtum possessionis, der Fall, wenn Jemand, welcher die Sache schon vorher detinirte, aber für einen Anderen, nunmehr, durch ein neues treuloses Contrectiren derselben, seinen Naturalbesitz, den er z. B. als Depositarius hatte, in Eigenthumsbesitz, possessio im engeren Sinne, verwandeln will. Demnach ist sogar an den eigenen Sachen des Contrectanten, insofern ein Anderer daran ein Besitz- oder Nutzungsrecht hat, ein furtum möglich. Die Contrectation selbst muß übrigens, wenigstens der Absicht des Thäters nach, heimlich versucht werden, wenn sie auch etwa nicht heimlich zu Ende gebracht wird. Aus allem die-

ſem geht hervor, wie der Begriff des römiſchen furtum ein viel weiterer iſt, als unſer heutiger Begriff Diebſtahl.

Aus dem furtum entſpringen hiernach zwei Klagen. Vorerſt, als reine Erſatzklage für die darin nothwendig liegende Vermögensbeſchädigung, die condictio furtiva. Sie ſteht zu nur dem beſtohlenen Eigenthümer, gegen den Dieb ſelbſt und deſſen Erben, auf Rückgabe der Sache, oder ihres Werthes. Außerdem aber auch noch, wegen des Stehlens ſelbſt, die actio furti. Dieſe letztere, welche zunächſt für die eigentliche Delictsklage gilt und deßhalb auch allein dem daraus Verurtheilten eine Infamia zuzieht, hat Jeder, der, er ſei nun Eigenthümer, oder nicht, irgend ein anſtändiges Intereſſe dabei hat, nicht beſtohlen worden zu ſein, cujus interest, rem salvam esse, gegen den Dieb und alle deſſen Helfershelfer. Als reine Pönalklage iſt ſie gerichtet auf Privatſtrafe, auf Erlegung des quadruplum, oder duplum, je nachdem es furtum manifestum war, oder blos nec manifestum. Doch beruht dieſe Unterſcheidung mehr blos auf dem neueren, prätoriſchen Rechte. Denn, nach dem Rechte der zwölf Tafeln war nur für das furtum nec manifestum die Privatſtrafe auf die angegebene Weiſe beſtimmt, während bei dem furtum manifestum ihr Betrag ganz der Uebereinkunft der Parteien überlaſſen blieb, (damnum decidere,) und zwar in der Art, daß der fur, wenn er ſich mit dem Beſtohlenen nicht einigte, dieſem, nach vorgängiger Geißelung, addicirt wurde. Dieſelben zwölf Tafeln ſchreiben für das furtum nec manifestum eine ſolenne Hausſuchung vor, um die geſtohlene Sache aufzufinden. Lance et licio quaerere. Wurde die Sache nun bei dem fur ſelbſt gefunden, ſo galt es für ein furtum manifestum. Wurde ſie bei einem Anderen gefunden, ſo hieß es ein furtum conceptum und die actio furti concepti ging dann auf das triplum. War dieſem Anderen die geſtohlene Sache abſichtlich zugeſteckt worden, damit ſie bei ihm gefunden werde, ſo ſtand ihm gegen denjenigen, der dieſes gethan, die actio furti oblati, ebenfalls auf das triplum, zu. Endlich fand auch gegen denjenigen, welcher die vorzunehmende Hausſuchung abſichtlich hinderte, eine actio furti prohibiti auf das quadruplum ſtatt. Indeſſen alle dieſe Modificationen der actio furti nec manifesti haben im neueren römiſchen Rechte ihre praktiſche Bedeutung verloren, und

nur die oben angegebene regelmäßige actio furti auf das duplum iſt übrig geblieben.

Furtum est contrectatio fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere. §. 1. Inst. IV, 1. de obligationibus, quae ex delicto nascuntur.

Abolita est quorundam veterum sententia existimantium, etiam fundi locive furtum fieri. §. 7. Inst. II, 6. de usucapione.

Furtorum autem duo sunt genera, manifestum et nec manifestum. Nam conceptum et oblatum species potius actionis sunt furto cohaerentes, quam genera furtorum, sicut inferius apparebit. Manifestus fur est, quem Graeci ἐπ' αὐτοφώρῳ appellant, nec solum is, qui in ipso furto deprehenditur, sed etiam is, qui in eo loco deprehenditur, quo furtum fit. Immo ulterius furtum manifestum est extendendum, quamdiu eam rem fur tenens visus vel deprehensus fuerit, sive in publico, sive in privato, vel a domino, vel ab alio, antequam eo pervenit, quo deferre, vel deponere destinasset. Sed si pertulit, quo destinavit, tametsi deprehendatur cum re furtiva, non est manifestus fur. Nec manifestum furtum quid sit, ex iis, quae diximus, intelligitur. Nam, quod manifestum non est, id scilicet nec manifestum est.

Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem testibus praesentibus furtiva res quaesita et inventa sit; nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit, quae appellatur concepti. Oblatum furtum dicitur, cum res furtiva ab aliquo tibi oblata sit, eaque apud te concepta sit, utique si ea mente tibi data fuerit, ut apud te potius, quam apud eum, qui dederit, conciperetur. Nam tibi, apud quem concepta sit, propria adversus eum, qui obtulit, quamvis fur non sit, constituta est actio, quae appellatur oblati. Est etiam prohibiti furti actio adversus eum, qui furtum quaerere testibus praesentibus volentem prohibuerit. Praeterea poena constituitur edicto praetoris per actionem furti non exhibiti adversus eum, qui furtivam apud se quaesitam et inventam non exhibuit. Sed hae actiones, id est, concepti, et oblati, et furti prohibiti, nec non furti non exhibiti, in desuetudinem abierunt. Cum enim requisitio rei furtivae hodie secundum veterem observationem non fit, merito ex consequentia etiam praefatae actiones ab usu communi recesserunt; cum manifestissimum est, quod omnes, qui scientes rem furtivam susceperint et celaverint, furti nec manifesti obnoxii sunt.

Poena manifesti furti quadrupli est, tam ex servi persona, quam ex liberi, nec manifesti dupli. §. 3—5. Inst. IV, 1. de obligat., quae ex delicto nascuntur.

Furti actio, sive dupli, sive quadrupli, tantum ad poenae persecutionem pertinet. Nam ipsius rei persecutionem extrinsecus habet dominus, quam aut vindicando, aut condicendo potest

auferre. Sed rei vindicatio quidem adversus possessorem est. sive fur ipse possidet, sive alius quilibet; condictio autem adversus furem ipsum heredemve ejus, licet non possideat, competit. §. 19. Inst. eod.

Furti autem actio ei competit, cujus interest, rem salvam esse, licet dominus non sit; itaque nec domino aliter competit, quam si ejus intersit, rem non perire. §. 13. Inst. eod.

§. 147.

Die rapina insbesondere.

Gai. Comm. lib. III. §. 209. — Inst. lib. IV. tit. 2. de vi bonorum raptorum.

Ursprünglich und nach dem älteren Civilrechte wurde zwar derjenige, welcher, mit Gewaltanwendung gegen die Person des Inhabers, doloser Weise eine fremde bewegliche Sache sich aneignete, immer nur als fur improbus, nach den Grundsätzen des furtum (manifestum), behandelt. Allein der Prätor, veranlaßt durch die vielen Gewaltthätigkeiten, welche in den Bürgerkriegen verübt wurden, erhob den Fall des eigentlichen Raubes zu einem besonderen, selbstständigen Privatdelicte für sich, unter dem Namen der rapina, oder bona vi rapta. Zugleich stellte er einer solchen gewaltsamen Entwendung den Fall, wenn Jemand vi et coactis hominibus, doloser Weise fremde bewegliche Sachen beschädigt, oder vernichtet, insofern ganz gleich, als er aus beiden gleichmäßig die actio vi bonorum raptorum gestattete. Es ist diese Klage zwar, wie die actio furti manifesti, auf das quadruplum gerichtet, und überhaupt, im Ganzen, nach dem Vorbilde dieser Delictsklage gebildet. Sie unterscheidet sich aber dadurch wesentlich von ihr, daß sie zugleich rei et poenae persequendae causa comparata ist, also daneben keine andere Ersatzklage zuläßt, indem das quadruplum Alles sühnt. Auch ist sie, als prätorische Klage, insofern an Jahresfrist geknüpft, als sie, nach Ablauf dieses Jahres, blos auf das simplum, also dann blos auf Ersatz geht.

Praetor ait: Si cui dolo malo, hominibus coactis, damni quid factum esse dicetur, sive cujus bona rapta esse dicentur, in eum, qui id fecisse dicetur, judicium dabo. fr. 2. pr. D. XLVII, 8. de vi bonorum raptorum.

Qui res alienas rapit, tenetur quidem etiam furti. Quis enim magis alienam rem invito domino contrectat, quam qui vi rapit? Ideoque recte dictum est, eum improbum furem esse. Sed tamen propriam actionem ejus delicti nomine praetor introduxit, quae appellatur vi bonorum, et est intra annum quadrupli, post annum simpli. — Quadruplum autem non totum poena est, et extra poenam rei persecutio, sicut in actione furti manifesti diximus, sed in quadruplo inest et rei persecutio, ut poena tripli sit; sive comprehendatur raptor in ipso delicto, sive non. — Et generaliter dicendum est, ex quibus causis furti actio competit in re clam facta, ex eisdem causis omnes habere hanc actionem. Pr. §. 1. et 2. Inst. IV, 2. de vi bonorum raptorum.

§. 148.

Das damnum injuria datum insbesondere.

Gai. Comm. lib. III. §. 210. sq. — Inst. lib. IV. tit. 3. de lege Aquilia. — Dig. lib. IX. tit. 2. ad legem Aquiliam.

Schon die zwölf Tafeln und andere ältere Civilgesetze enthielten Bestimmungen über das damnum injuria datum. Sie sind aber sämmtlich verdrängt worden durch die lex Aquilia, ein Plebiscit aus dem fünften, oder sechsten Jahrhunderte, worauf dieses Delict im neueren römischen Rechte allein beruht.

Wer hiernach, durch positive Handlungen widerrechtlicher Weise, injuria, dolose, oder culpose, einem Anderen einen Vermögensschaden gewisser Art zufügt, macht sich schuldig eines damnum injuria datum. Es unterscheidet sich dasselbe von allen übrigen Privatdelicten schon dadurch, daß es auch schon culpos begangen werden kann, ja, daß sogar schon die geringste, die levis culpa dazu genügt.[1]) Nur war freilich die lex Aquilia, ihrem ursprünglichen Inhalte nach, sehr beschränkt. Denn sie gestattete blos dem beschädigten Eigenthümer selbst, und auch diesem nur wegen eines damnum corpore corpori datum, die Delictsklage, die actio legis Aquiliae. Indessen, als in factum, oder als utilis actio, wurde dieselbe Aquilische Klage späterhin auch gewissen anderen Beschädigten gestattet, und auch auf andere Fälle des zugefügten damnum ausgedehnt. Sie gilt übrigens, obgleich sie zunächst und scheinbar

[1]) S. oben §. 120.

blos auf Erstattung des zugefügten Schadens geht, dennoch für eine Klage, welche auch zugleich eine poena zum Zwecke hat. Das hängt nämlich zusammen mit der eigenthümlichen Berechnung und Taxation des angerichteten Schadens, wie sie, nach Vorschrift der lex Aquilia im ersten und dritten Capitel,[1]) gewöhnlich zum offenbaren Gewinne des Beschädigten, der im Gefolge davon mehr erhält, als sein Schaden beträgt, dabei eintreten soll. Eigenthümlich ist ferner, daß es auch für diese Berechnungsart des erlittenen Schadens gar keinen Unterschied macht, es mag die Beschädigung durch dolus, oder durch bloße culpa zugefügt worden sein. Nur muß jedenfalls eine positive Beschädigungshandlung zum Grunde liegen. Infamirender Natur ist die Aquilische an sich niemals, auch dann nicht, wenn ein dolus dem Verschulden zu Grunde liegt. Sie hat aber dafür das Eigenthümliche, daß der Thäter durch doloses Leugnen der That in die poena dupli verfällt. Lis infitiando crescit in duplum.

Lex Aquilia omnibus legibus, quae ante se de damno injuria locutae sunt, derogavit, sive duodecim tabulis, sive alia quae fuit, quas leges nunc referre, non est necesse. Quae lex plebiscitum est, cum eam Aquilius, tribunus plebis, a plebe rogavit. Ulpianus in fr. 1. pr. et §. 1. D. IX, 2. ad legem Aquiliam.

Damni injuriae actio constituitur per legem Aquiliam. Cujus primo capite cautum est, ut, si quis hominem alienum, alienamve quadrupedem, quae pecudum numero sit, injuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino dare damnetur.

Injuria autem occidere intelligitur, qui nullo jure occidit. Itaque latronem qui occidit, non tenetur, utique si aliter periculum effugere non potest. Ac ne is quidem hac lege tenetur, qui casu occidit, si modo culpa ejus nulla inveniatur. Nam alioqui non minus ex dolo, quam ex culpa quisque hac lege tenetur.

Caput secundum legis Aquiliae in usu non est. Capite tertio de omni cetero damno cavetur. — Hoc tamen capite non quanti in eo anno, sed quanti in diebus triginta proximis res fuerit, obligatur is, qui damnum dederit.

Ceterum placuit, ita demum ex hac lege actionem esse, si quis praecipue corpore suo damnum dederit. Ideoque in eum, qui alio modo damnum dederit, utiles actiones dari solent. — Sed si non corpore damnum fuerit datum, neque corpus laesum

[1]) Das zweite Capitel der lex Aquilia handelte von dem adstipulator, der, zum Nachtheile des stipulator, diesem aus der Stipulation gebührend Gelder veruntreute, und gehört gar nicht zunächst hierher.

fuerit, sed alio modo damnum alicui contigerit, dum non sufficiat neque directa, neque utilis Aquilia, placuit, eum, qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri; veluti si quis, misericordia ductus, alienum servum compeditum solverit, ut fugeret. Pr. §. 2. 3. 12. 13. 16. Inst. IV, 3. de lege Aquilia.

Haec actio (legis Aquiliae) adversus confitentem competit in simplum, adversus negantem in duplum. Ulpianus in fr. 23. §. 10. D. IX, 2. ad legem Aquiliam.

Capite secundo in adstipulatorem, qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res esset, tanti actio constituitur. Gai. Comm. III. §. 215.

§. 149.

Die injuriae insbesondere.

Gai. Comm. lib. III. §. 220 sq. — Inst. lib. IV. tit. 4. de injuriis. — Dig. lib. XLVII. tit. 10. de injuriis et famosis libellis.

Die drei bisher abgehandelten Delicte, furtum, rapina und damnum injuria datum, haben zum Gegenstande zunächst die Sachen, oder das sonstige Vermögen des Verletzten, beruhen also auf einer eigentlichen Vermögensbeschädigung.

Nun läßt sich aber eine entschieden widerrechtliche Handlungsweise denken, wodurch, wenn auch nicht das Vermögen eines Anderen verletzt, doch dessen Person gekränkt wird, sei dieses nun direct, durch äußerliches Mißhandeln seines Körpers, oder indirect, durch anderes offenbares Nichtanerkennen seiner persönlichen Würde und Rechtseigenschaften. Contumelia in diesem Sinne des Wortes. Will man nun den Gegenstand dieser Verletzung als die Ehre eines Anderen bezeichnen, so ist dagegen nichts einzuwenden und es erscheint insofern die Ehre als die gesammte Persönlichkeit eines Menschen, im Gegensatze seiner bloßen Vermögensverhältnisse. Schon früh fand das römische Recht es nöthig, unter dem speciellen Namen injuria, oder injuriae, dergleichen Kränkungen der Person als Deliet zu behandeln; aber nur unter der Voraussetzung, daß sie dolose, in der Absicht, oder wenigstens mit dem Bewußtsein, daß in ihnen eine widerrechtliche Verletzung der fremden Persönlichkeit, als solcher, liege, animo injuriandi, zugefügt worden.

Die Bestimmungen und Klagen des älteren römischen Civilrechtes, soweit sie die Injurien betreffen, zeigten sich bald, in ihrer Anwendung, als unzureichend und als unzweckmäßig. Denn,

nach den Zwölftafelgesetzen, sollte demjenigen, welcher einem Anderen absichtlich ein Glied zerbrach, membrum ruptum, das Gleiche, was er jenem Anderen zugefügt, angethan werden dürfen, talio, wenn er sich nicht mit dem Gemißhandelten, oder dessen nächsten Angehörigen über eine Entschädigung dafür in Geld verglich. Für Injurien anderer Art, sie mogten in Körperverletzungen, oder in anderen Unbilden bestehen, waren, dem Betrage nach, von den Gesetzen ein für alle Mal zum Voraus für alle Fälle gewisser Art bestimmte Geldstrafen festgesetzt. Diese allgemeinen Strafsatzungen sind sämmtlich späterhin, durch ein neues zweckmäßigeres Injuriensystem des prätorischen Rechtes, verdrängt worden. Danach steht dem Injuriirten gegen den Injurianten zu die injuriarum actio aestimatoria, gerichtet auf eine, der Größe und Schwere der in concreto zugefügten persönlichen Kränkung, mit Rücksicht auf alle Umstände eines jeden einzelnen Injurienfalles, verhältnißmäßig anzupassende Privatgeldbuße. Ihren Betrag ist zwar zunächst der Injuriirte selber billig für den einzelnen Injurienfall abzuschätzen, zu ästimiren, befugt; jedoch in der Art, daß es dem Richter frei steht, bei einer entschieden unbilligen Aestimation, den zu hohen Ansatz des Klägers auf ein richtigeres Maaß zurückzuführen. Den wegen Injurien Verurtheilten trifft außerdem, wegen seiner böswilligen und frechen Verletzung der fremden Persönlichkeit, auch noch Infamia. Besteht eine Injurie in offenbaren Thätlichkeiten gegen den Körper, durch verberare, pulsare, vi intro ire, so findet daraus, nach der lex Cornelia vom J. 673, auch eine civilrechtliche Klage gegen den Injurianten statt. Ursprünglich war diese allerdings, als eine öffentliche Anklage, auf criminelle Bestrafung der Injurie gerichtet gewesen. Allein der Gerichtsgebrauch gestattete sie späterhin auch zu demselben privatrechtlichen Zwecke, wie die prätorische injuriarum actio, vor welcher letzteren sie das voraus hat, daß sie, als civilrechtliche Klage, nicht so, wie die prätorische, schon in Einem Jahre verjährt.

Auf diese Weise ist durch die Injurientheorie das römische Delictssystem gewissermaaßen ergänzt und vervollständigt worden.

Generaliter injuria dicitur omne, quod non jure fit, specialiter alias contumelia, quae a contemnendo dicta est, quam Graeci ὕβριν appellant, alias culpa, quam Graeci ἀδίκημα dicunt, sicut

in lege Aquilia damnum injuria datum accipitur, alias iniquitas et injustitia, quam Graeci ἀδικίαν vocant. Cum enim praetor, vel judex non jure contra quem pronuntiat, injuriam accepisse dicitur.

Injuria autem committitur non solum, cum quis pugno pulsatus, aut fustibus caesus, vel etiam verberatus erit, sed etiam, si cui convicium factum fuerit, sive cujus bona, quasi debitoris, possessa fuerint ab eo, qui intelligebat, nihil eum sibi debere, vel si quis ad infamiam alicujus libellum, aut carmen scripserit, composuerit, ediderit dolove malo fecerit, quo quid eorum fieret, sive quis matremfamilias, aut praetextatum praetextatamve assectatus fuerit, sive cujus pudicitia attentata esse dicetur; et denique aliis pluribus modis admitti injuriam, manifestum est.

Poena autem injuriarum ex lege duodecim tabularum, propter membrum quidem ruptum, talio erat, propter os vero fractum nummariae poenae erant constitutae, quasi in magna veterum paupertate. Sed postea praetores permittebant ipsis, qui injuriam passi sunt, eam aestimare, ut judex tanti condemnet, quanti injuriam passus aestimaverit, vel minoris, prout ei visum est. Sed poena quidem injuriae, quae ex lege duodecim tabularum introducta est, in desuetudinem abiit; quam autem praetores introduxerunt, quae etiam honoraria appellatur, in judiciis frequentatur. Nam secundum gradum dignitatis vitaeque honestatem crescit, aut minuitur aestimatio injuriae. Pr. §. 1. 2. et 7. Inst. IV, 4. de injuriis.

Vierter Titel.

Von denjenigen Obligationen, welche quasi ex delicto s. maleficio entstehen.

§. 150.

Inst. lib. IV. tit. 5. de obligationibus, quae quasi ex delicto nascuntur. — tit. 8. de noxalibus actionibus. — tit. 9. si quadrupes pauperiem fecisse dicetur. — Dig. lib. L. tit. 13. de extraordinariis cognitionibus et si judex litem suam fecisse dicetur. — Dig. lib. IX. tit. 3. de his, qui effuderint, vel dejecerint. — Dig. lib. XLVII. tit. 5. furti adversus nautas, caupones et stabularios. — Dig. lib. II. tit. 9. si ex noxali causa agatur. — Dig. lib. IX. tit. 1. si quadrupes pauperiem fecisse dicetur.

Mit der Rubrik: obligationes, quae quasi ex delicto nascuntur, den s. g. Quasidelicten, hat es eine ähnliche Bewandtniß, wie mit den s. g. Quasicontracten. Da nämlich die Zahl der eigentlichen Delicte geschichtlich eine geschlossene war, [1])

[1]) S. oben §. 145.

so bedurfte man für das Obligationensystem einer neuen Rubrik, um manche Fälle darunter zu bringen, in denen allmählig von den Gesetzen klagbare Obligationen aus delictsähnlichen Verhältnissen anerkannt worden waren. Es gehören dahin vorerst manche wirkliche eigene, dolose, oder culpose Verletzungen, oder wenigstens eine Verletzung drohende Handlungen, aus welchen, für den Handelnden selbst, eine klagbare Verbindlichkeit zum Schadenersatze, oder zur Bezahlung einer Privatstrafe entspringt. Außerdem gehört aber auch hierher die gesetzliche Bestimmung, wonach, unter Umständen, Jemand für gewisse Beschädigungsfacta anderer Menschen, oder gar eines Thieres, obligationsmäßig verantwortlich sein soll. Es wird nämlich, in diesen letzteren Fällen, immer wenigstens einigermaaßen eine concurrirende Schuld desjenigen, der hier als obligirt erscheint, angenommen und daraus die Obligation quasi ex delicto gerechtfertigt.

Die in Justinian's Institutionen vorkommenden Beispiele sind folgende:

1. Die prätorische Klage der Proceßpartei gegen den judex, qui litem suam fecit, d. h. sie durch ein widerrechtliches, dolöses, oder culposes Proceßurtheil beschädigt hat. Ursprünglich, nach dem älteren Proceßverfahren, stand diese Klage niemals gegen den magistratus juri dicundo selbst zu, sondern nur gegen den von ihm bestellten judex. Allein, nach Aufhebung des ordo judiciorum privatorum, wurde sie gegen die Justizobrigkeit selbst gestattet, den Umständen nach, auf Schadenersatz und Privatstrafe.

2. Die Klage gegen denjenigen, aus dessen Zimmer etwas geworfen, oder gegossen, und dadurch ein Schade verursacht worden ist. Beklagter ist der Bewohner des Zimmers, als solcher, ohne Unterschied, ob er selber, oder ob ein Anderer das Werfen oder Gießen vorgenommen hat. Die Klage heißt actio de effusis et dejectis und ist gerichtet, bald auf Entschädigung, bald auf Privatstrafe. Im letzteren Falle erscheint sie zuweilen als Popularklage und steht dann Jedem aus dem Volke zu. So z. B. auf eine poena von funfzig aurei, wenn ein freier Mensch dadurch getödtet worden ist.

3. Die Popularklage gegen denjenigen, welcher, auf gemeingefährliche Weise, etwas über einen gangbaren Ort, ubi

vulgo iter fit, aufstellt, oder hängen läßt. Es geht diese actio de posito et suspenso auf Wegnahme des gefährlichen Gegenstandes und auf eine Privatstrafe von zehn aurei.

4. Die Klage, actio in factum, auf Entschädigung und Privatstrafe gegen den nauta, Transportschiffer, caupo, Gastwirth, oder stabularius, Stallwirth, wenn von dessen, zu seinem Gewerbe angestellten Leuten dem Gepäcke der Passagiere und Reisenden durch furtum, oder sonst durch dolus, im Gasthofe oder Schiffe selbst ein Schaden zugefügt worden ist. Sie ist nicht zu verwechseln mit einer ganz anderen prätorischen Vertragsklage, welche zunächst aus dem eigentlichen Aufnahmevertrage, receptum nautarum, cauponum et stabulariorum denjenigen zusteht, die von dem Wirthe, oder Transportschiffer mit ihrem Gepäcke aufgenommen worden sind, und deßhalb unverletzte Rückgabe dieser ihrer Sachen verlangen können. Bei dieser letzteren Klage kommt es weiter nicht darauf an, ob das Gepäck gerade von den eigenen Leuten des Schiffers, oder Wirthes, ferner, ob durch furtum, oder sonstigen dolus verletzt worden, oder sonst abhanden gekommen ist. Nur eigenes Verschulden des Verletzten, oder wenn der Verlust durch vis major, durch unabwendbaren Zufall sich ereignet hat, befreit jene Personen von der Entschädigungsverbindlichkeit.

5. Die noxalis actio, mit welcher der Herr für den, durch seinen, dazu nicht von ihm befehligten servus anderen Personen verursachten Schaden verantwortlich gemacht und zum Ersatze angehalten werden kann. Eine ähnliche Haftungsverbindlichkeit traf ehemals, wenigstens so lange der filiusfamilias noch, gerade so, wie der servus, durchaus keines eigenen Vermögens fähig war, den Inhaber der väterlichen Gewalt, aus den Beschädigungshandlungen des seiner potestas Unterworfenen. Endlich haftet auch der Eigenthümer eines Thieres, insofern dasselbe, contra naturam sui generis, einen Anderen beschädigt hat, si pauperiem fecit, diesem Beschädigten. Der Herr, oder Eigenthümer haftet hier darum, weil er den ihm unterworfenen Menschen, oder das Thier, mit der darauf haftenden Schuld, caput noxium, inne hat und, durch sein Behalten desselben, gewissermaaßen die Schuld theilt. Allein gerade deßhalb steht es ihm auch frei, in allen dergleichen Fällen, wenn ihn nur wirklich keine unmittelbare eigene Schuld dabei, sei es

auch nur durch böswilliges Leugnen, trifft, sich der Haftungsverbindlichkeit dadurch zu entziehen, daß er sofort den servus, filiusfamilias, oder das Thier selbst, sammt der darauf haftenden Schuld, dem Beschädigten ganz überläßt. Noxae dare servum, filiumfamilias, animal. In Rücksicht des filiusfamilias hat das im neueren römischen Rechte allerdings aufgehört.

Wenngleich nun jene Noxalklagen, in Justinian's Institutionen, nicht unter der Rubrik der obligationes quasi ex delicto, sondern unter einer anderen, besonderen Rubrik aufgeführt werden, so fallen sie doch offenbar, dem Principe nach, mit darunter.

Si judex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur. Sed, quia neque ex contractu obligatus est, et utique peccasse aliquid intelligitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri et, in quantum de ea re aequum religioni judicantis videbitur, poenam sustinebit.

Item is, ex cujus coenaculo, vel proprio ipsius, vel conducto, vel in quo gratis habitabat, dejectum effusumque aliquid est, ita, ut alicui noceretur, quasi ex maleficio obligatus intelligitur. Ideo non proprie ex maleficio obligatus intelligitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur, aut servi, aut liberi. Cui similis est is, qui ea parte, qua vulgo iter fieri solet, id positum aut suspensum habet, quod potest, si ceciderit, alicui nocere, quo casu poena decem aureorum constituta est. De eo vero, quod dejectum effusumve est, dupli, quanti damnum datum sit, constituta est actio.

Item exercitor navis, aut cauponae, aut stabuli, de dolo aut furto, quod in nave, aut in caupona, aut in stabulo factum erit, quasi ex maleficio teneri videtur, si modo ipsius nullum est maleficium, sed alicujus eorum, quorum opera navem, aut cauponam, aut stabulum exerceret. Cum enim neque ex contractu sit adversus eum constituta haec actio, et aliquatenus culpae reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur. In his autem casibus in factum actio competit, quae heredi quidem datur, adversus heredem autem non competit. Pr. — §. 3. Inst. IV, 5. de obligationibus, quae quasi ex delicto nascuntur.

Ex maleficiis servorum, veluti si furtum fecerint, aut bona rapuerint, aut damnum dederint, aut injuriam commiserint, noxales actiones proditae sunt, quibus domino damnato permittitur, aut litis aestimationem sufferre, aut hominem noxae dedere. Noxa autem est corpus, quod nocuit, id est servus; noxia ipsum maleficium, veluti furtum, damnum, rapina, injuria. —

Sed veteres quidem haec et in filiisfamilias masculis et fe-

minis admiserunt. Nova autem hominum conversatio hujusmodi asperitatem recte respuendam esse existimavit et ab usu communi haec penitus recessit. Quis enim patiatur, filium suum, et maxime filiam in noxam alii dare, ut paene per corpus pater magis, quam filius periclitetur, cum in filiabus etiam pudicitiae favor hoc bene excludat? Et ideo placuit, in servo tantummodo noxales actiones esse proponendas, cum apud veteres legum commentatores invenerimus saepius dictum, ipsos filiosfamilias pro suis delictis posse conveniri. Pr. §. 1. et 7. Inst. IV, 8. de noxalibus actionibus.

Animalium nomine, quae ratione carent, si quidem lascivia, aut fervore, aut feritate pauperiem fecerint, noxalis actio lege duodecim tabularum prodita est; quae animalia, si noxae dedantur, proficiunt reo ad liberationem, quia ita lex duodecim tabularum scripta est; puta, si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos cornu petere solitus petierit. Haec autem actio in his, quae contra naturam moventur, locum habet. Ceterum, si genitalis sit feritas, cessat actio. Pr. Inst. IV, 9. si quadrupes pauperiem fecisse dicetur.

Drittes Capitel.

Von der Auflösung der Obligationen.

§. 151.

Allgemeine Vorbemerkungen.

Inst. lib. III. tit. 29. quibus modis tollitur obligatio.

Die Obligationen, als Rechte, unterscheiden sich dadurch sehr wesentlich von allen übrigen Rechten, daß sie dem Berechtigten, dem Gläubiger, zunächst nicht durch ihr Bestehen den eigentlichen, damit bezweckten Vermögensvortheil gewähren, sondern vielmehr erst durch ihr Erlöschen. Denn ihre regelmäßige Ausübung besteht darin, daß der Gläubiger sich von seinem Schuldner das Schuldige wirklich leisten läßt. Sobald das aber geschehen ist, so erlöscht eo ipso die bisherige Forderung.[1]) Gerade das giebt der Lehre von dem Erlöschen der Obligationen eine solche ungewöhnliche Bedeutung, indem bei ihnen das dereinstige Erlöschen nicht, wie es bei den übrigen Rechten der Fall, nur, den Um-

[1]) S. den folgenden §.

ständen nach, möglich ist, sondern schon in dem Wesen, in dem Zwecke und in der Bestimmung derselben, gleich bei ihrer Erwerbung, liegt.

Die Römer machen nun allerdings in ihrem Obligationensysteme den Versuch, alle Erlöschungsarten der Obligationen auf die bekannten Contractsentstehungsgründe, causae, als ebenmäßige, diesen entsprechende Auflösungsgründe, zurückzuführen. So ehemals die nexi liberatio und die nexi obligatio. Es verlangte nämlich das ältere römische Recht, zum vollständigen Erlöschen derjenigen Schuldverbindlichkeiten, welche per aes et libram, durch nexum contrahirt worden waren, außer der wirklichen, factischen Zahlung selbst, auch noch eine in derselben Form des nexum eingekleidete solenne Bezeugung, daß die Zahlung erfolgt sei. Allein das fällt, mit jener veralteten Form des nexum selbst, im neueren römischen Rechte hinweg. Außerdem versuchte man in der Theorie, die wichtigsten Erlöschungsarten auf die vier bekannten causae civiles, auf res, verba, literae, consensus zurückzuführen. Es liegt dabei zum Grunde das mehrfach ausgesprochene Princip, daß die obligatio am natürlichsten auf dieselbe Weise, durch dieselbe causa, durch welche sie contrahirt worden ist, wieder aufgelöst werde. Insofern erscheinen denn auch alle diese Aufhebungsarten als besondere, für gewisse Obligationen bestimmte und auf sie zunächst beschränkte. In der That knüpfen sich daran, im Einzelnen, wie sich unten zeigen wird, einige nicht unwichtige praktische Folgen.[1]) Allein, in jener Allgemeinheit, beruht dieses doch mehr auf einem juristischen Wortspiele, auf einer bloßen künstlichen Vergleichung, welche sich auch nicht ein Mal consequent durch alle Contractsverhältnisse, geschweige denn durch die nicht contractlichen Obligationsverhältnisse, durchführen läßt.

Dagegen erscheint die Verschiedenheit der Aufhebungsgründe einer Obligation, je nachdem letztere dadurch ipso jure, oder blos per exceptionem, ope exceptionis erlöscht, in der That als eine durchgreifende. Zwar waren im ältesten römischen Rechte alle Erlöschungsgründe von der ersteren Art, aber späterhin kamen auch noch die letzteren hinzu. Es ist das ein Unterschied, welcher seinen Grund theils in der Beschaffenheit des

[1]) S. §. 156.

aufhebenden Umſtandes ſelbſt, theils in der Quelle deſſelben hat. Jedenfalls hat er, wegen der ſich daran knüpfenden wichtigen praktiſchen Folgen, theils für den Proceß, theils auch ſonſt für das ganze Obligationenverhältniß, eine hohe Bedeutung. Auf ihn laſſen ſich denn auch wirklich ſämmtliche Erlöſchungsgründe, wie ſie jetzt, in einer mehr natürlichen Ordnung, abgehandelt werden ſollen, zurückführen.

Est etiam alia species imaginariae solutionis per aes et libram. Quod et ipsum genus certis in causis receptum est, veluti si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum est, sive quid ex judicati causa debitum est. Gai. Comment. III. §. 173.

Prout quidque contractum est, ita et solvi debet. Ut, cum re contraxerimus, re solvi debet, veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantumdem solvi debeat. Et, cum verbis aliquid contraximus, vel re, vel verbis obligatio solvi debet; verbis, veluti cum acceptum promissori fit; re, veluti cum solvit, quod promisit. Aeque cum emtio vel venditio, vel locatio contracta est; quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest.[1]) Pomponius in fr. 80. D. XLVI, 3. de solutionibus et liberationibus.

Nihil interest, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur. Paulus in fr. 112. D. L, 17. de reg. jur.

§. 152.

Die Zahlung, solutio.

Dig. lib. XLVI. tit. 3. de solutionibus et liberationibus. — Cod. lib. VIII. tit. 43. de solutionibus et liberationibus.

Bei weitem die wichtigſte, häufigſte und natürlichſte Art, wie eine Obligation ipso jure erlöſchen kann, iſt die durch das Weſen, den Inhalt und Zweck der Obligation ſelbſt gegebene solutio, die wirkliche, abſichtliche Leiſtung desjenigen, was der debitor ſchuldig war. Denn, iſt das geſchehen, alſo bezahlt worden, ſo exiſtirt keine Schuld mehr, und ohne Schuld iſt keine obligatio weiter denkbar. Daher hebt, ganz folgerecht, eine ſolche gehörig geſchehene Zahlung nicht blos die bezahlte obligatio

[1]) Die literae ſind wohl nur deßhalb weggelaſſen, weil der ehemals hierher gehörende Fall zu Juſtinian's Zeit ſchon längſt Antiquität geworden war.

selbst, sondern auch eo ipso, zugleich mit ihr, alle darauf gebaute Nebenverbindlichkeiten, als Accessionen derselben, die ohne sie ja nicht länger fortbestehen können, auf. Auf diese solutio lassen sich denn auch im Grunde alle übrigen Arten, wie die Obligationen ipso jure erlöschen können, zurückführen. Denn sie enthalten entweder wirkliche, nur in irgend einer Beziehung modificirte Zahlungen, oder lassen sich wenigstens mit der Zahlung und deren Wirkung nicht unpassend vergleichen.

Bei einer solchen Zahlung ist es nun zwar insofern einerlei, wer sie vornimmt, als nicht blos der Debitor selbst dieses mit Wirksamkeit kann, sondern auch ein Anderer Dritter, im Namen des Debitors und für diesen, selbst ohne dessen Wissen. Nur braucht freilich der Gläubiger von dem Dritten blos dann die Leistung anzunehmen und sich gefallen zu lassen, wenn er durchaus kein vernünftiges, juristisches Interesse dabei hat, gerade auf die Vornahme der Leistung von Seiten des Debitors selbst zu bestehen. Jedenfalls muß der Zahlende, er mag der Debitor selbst, oder ein Anderer sein, um mit Wirksamkeit Zahlung leisten zu können, die dazu nöthige Veräußerungsfähigkeit haben.

Dagegen kann in der Regel mit Wirksamkeit die Zahlung nur an den Creditor selbst geschehen, an keinen Dritten, ausgenommen an des Gläubigers gehörig zur Annahme von Zahlung bevollmächtigten Procurator, oder an des Gläubigers Vormund, oder an den adjectus solutionis causa, oder an denjenigen, welchem, nach gesetzlicher Vorschrift, eine actio utilis aus der fremden obligatio gestattet ist. Daß an den adstipulator mit Wirksamkeit die Zahlung geleistet werden konnte, war im Grunde nichts Besonderes, weil derselbe ja mit der eigentliche creditor war. Wenn übrigens entweder der Gläubiger widerrechtlich die ihm obligationsmäßig angebotene Zahlung anzunehmen verweigert, oder sonst, aus besonderen Gründen, an ihn selbst, oder seinen Stellvertreter nicht mit voller Sicherheit bezahlt werden kann, so darf, wo so etwas überhaupt factisch thunlich ist, besonders, aber nicht blos und allein bei schuldigen Geldsummen, der Schuldner den Leistungsgegenstand versiegelt bei Gericht deponiren. Das steht dann, für ihn, der Zahlung gleich. Umgekehrt kann zuweilen nicht ein Mal an den wahren creditor wirksame Zahlung geleistet werden, näm-

lich theils dann, wenn er keine Veräußerungsfähigkeit hat, theils in denjenigen Fällen, wo ihm gesetzlich die Klage aus der Obligation denegirt ist.

Was den Gegenstand der Zahlung betrifft, so muß zwar in der Regel gerade dasjenige geleistet werden, was den ursprünglichen Gegenstand der Obligation bildet, und der Gläubiger braucht sich, wider seinen Willen, keine andere Leistung an Zahlungs Statt aufdringen zu lassen. Wohl aber kann, im Gefolge einer besonderen gegenseitigen Vereinbarung zwischen den Interessenten, der Creditor freiwillig eine andere Leistung sich gefallen lassen. Auch leidet die ganze Regel, nach einer besonderen Vorschrift von Justinian, eine Ausnahme in gewissen genau bestimmten Fällen, in welchen ausdrücklich dem Schuldner eine solche datio in solutum gestattet sein soll. Dagegen gehört nur scheinbar hierher der Fall, wenn, durch die Schuld des Debitors, die Leistung des ursprünglichen Obligationsobjectes unmöglich geworden ist. Denn dann muß der Debitor zwar das Interesse dem Creditor erstatten; allein dieses fällt eben mit dem ursprünglichen Gegenstande der obligatio zusammen und ist insofern gar nicht als eine andere Leistung anzusehen. Sollte übrigens die Leistung des ursprünglichen Gegenstandes ganz ohne Schuld des Debitors unmöglich geworden sein, so ist Letzterer in der Regel gar nichts mehr schuldig.

Dem Quantum nach muß in der Regel, ohne Rücksicht auf die besonderen Umstände, namentlich auf die individuellen Kräfte und Verhältnisse des Debitors, der ganze Betrag der obligatio, soweit er bereits fällig ist, bezahlt werden. Doch leidet das Ausnahmen in einigen besonderen Fällen, in welchen der Debitor, aus bestimmten gesetzlichen Gründen, von seinem Gläubiger eine gewisse Schonung und demgemäß verlangen kann, nur in id, quod facere potest, ne ipse egeat, condemnirt zu werden. S. g. beneficium competentiae. Mehr, als er schuldig ist, braucht der Debitor niemals zu bezahlen. Damit steht jedoch nicht im Widerspruche, daß der Schuldner für den Fall der Nichtleistung, oder nicht gehörigen Leistung, sich daneben noch zur Bezahlung einer gewissen Strafsumme, poena conventionalis, verpflichten kann. Denn darin liegt dann die Begründung einer ganz neuen Schuldverbindlichkeit, welche deßhalb neben der bisherigen zu erfüllen ist. Oft freilich erscheint

die Verabredung einer solchen Conventionalstrafe nur als ein gewillkürter Anschlag des etwa künstlich zu leistenden Interesses, und dann ist sie, nicht noch neben dem eigentlichen Gegenstande derjenigen obligatio, zu deren Sicherung sie bestimmt ist, sondern statt desselben zu entrichten.

Soll endlich die Zahlung in jeder Beziehung eine vollständige sein, so muß sie zur gehörigen Zeit und am gehörigen Orte geschehen. Was namentlich die Zeit betrifft, so kommt es zunächst darauf an, ob der obligatio ein Zahlungstermin, dies, welcher dann natürlich maaßgebend ist, beigefügt war, oder nicht. Im letzteren Falle muß eigentlich der Schuldner sofort Zahlung leisten. Quod sine die debetur, statim debetur. Doch darf der Schuldner selbst dann immer so viel Frist verlangen, als, nach allgemeinen Grundsätzen, erforderlich ist, um den Gegenstand der Zahlung möglicherweise zu beschaffen. Mit dieser Zeit hängt genau zusammen der Begriff der mora, des Verzuges. Darunter versteht man, im Allgemeinen, die durch nichts juristisch gerechtfertigte und insofern widerrechtliche Verzögerung bei der Erfüllung einer obliegenden Verbindlichkeit. Am häufigsten macht sich freilich einer solchen mora schuldig der Debitor, indem er nicht zur gehörigen Zeit leistet, was er schuldig ist, obwohl der Gläubiger nicht länger warten will, und das durch Mahnung des Schuldners, interpellatio, zu erkennen gegeben hat. Mora solvendi, mora debitoris. Allein auch der Gläubiger kann sich seinerseits eine mora zu Schulden kommen lassen, nämlich dadurch, daß er die Annahme der ihm gehörig und obligationsmäßig angebotenen Leistung ohne gerechten Grund verweigert, und ohne dabei die Absicht zu haben, die Schuldverbindlichkeit dem Debitor zu erlassen. Mora accipiendi, mora creditoris. An eine jede solche wahre mora knüpfen die Gesetze für denjenigen, der sie verschuldet, mancherlei Nachtheile. Diese bezwecken immer irgend einen Vortheil des Gegners, welcher unter dem Verzuge zunächst leidet, z. B. indem der Capitalschuldner nunmehr, in Folge der begangenen mora, zuweilen Verzugszinsen, usuras morae, bezahlen muß.[1])

Solutionis verbo satisfactionem quoque omnem accipiendam,

[1]) S. oben §. 121.

placet. Solvere dicimus eum, qui fecit, quod facere promisit. Ulpian. in fr. 176. D. L, 16. de verb. sign.

Tollitur autem omnis obligatio solutione ejus, quod debetur, vel si quis, consentiente creditore, aliud pro alio solverit. Nec interest, quis solvat, utrum ipse, qui debet, an alius pro eo. Liberatur enim et alio solvente, sive sciente, sive ignorante debitore, vel invito eo, solutio fiat. Item si reus solverit, etiam ii, qui pro eo intervenerunt, liberantur. Idem ex contrario contingit, si fidejussor solverit. Non enim ipse solus liberatur, sed etiam reus. Pr. Inst. III, 29. quibus modis tollitur obligatio.

Pupillo solvi sine tutoris auctoritate non potest. Paulus in fr. 15. D. XLVI, 3. de solut.

Vero procuratori recte solvitur. Verum autem accipere debemus eum, cui mandatum est vel specialiter, vel cui omnium negotiorum administratio mandata est. Ulpian. in fr. 12. pr. D. XLVI, 3. de solut.

Si ita stipulatus sim: mihi, aut Titio dare spondes? et debitor constituerit, se mihi soluturum, quamvis mihi competat de constituta actio, potest adhuc adjecto solvere. Paulus in fr. 59. D. eod.

Sunt praeterea quaedam actiones, quibus non semper solidum, quod nobis debetur, persequimur, sed modo solidum, modo minus. — Item, si de dote judicio mulier agat, placet, eatenus maritum condemnari debere, quatenus facere possit, id est, quatenus facultates ejus patiuntur. §. 36 et 37. Inst. IV, 6. de act.

Item miles, qui sub armata militia stipendia meruit, condemnatus eatenus, quatenus facere potest, cogitur solvere. Ulpian. in fr. 6. pr. D. XLII, 1. de re judicata.

Obsignatione totius debitae pecuniae solenniter facta liberationem contingere, manifestum est. Sed ita demum oblatio debiti liberationem parit, si eo loco, quo debetur, solutio fuerit celebrata. Diocletianus et Maxim. in c. 9. C. VIII, 43. de solut.

§. 153.

Zahlungsunfähigkeit des Schuldners.

Es kann sich ereignen, daß Jemand nicht im Stande ist, seine Schulden zu bezahlen, weil sein vorhandenes Vermögen dazu nicht hinreicht. Dann fand, nach dem älteren römischen Rechte, auf Verlangen des Gläubigers, mittelst der manus injectio, eine sehr strenge Execution statt, unmittelbar gegen die Person des rechtskräftig verurtheilten Schuldners, in Gefolge welcher der Letztere, einerlei, ob er nicht zahlen konnte, oder wollte, zuletzt dem creditor förmlich für seine Person zur Haft

übergeben und zum Schuldknechte zugesprochen wurde, addictus, adjudicatus. Diese Haft dauerte 60 Tage, und innerhalb derselben konnte der addictus sich und seine Person noch durch Zahlung, oder Vergleich lösen. Aber, nach vergeblichem Ablaufe der genannten Frist stand es in der That, der Strenge nach, wenn er von seinem Rechte Gebrauch machen wollte, dem Gläubiger frei, den ihm zur Haft übergebenen Schuldner trans Tiberim in die Sklaverei zu verkaufen. Waren der Gläubiger mehrere da, denen er gleichzeitig zugesprochen worden, so wurde der Schuldner als ein ihnen gemeinschaftlich pro rata gehörendes Object behandelt und es war den Mitgläubigern, nach der Strenge des Gesetzes, sogar ein partes secare gestattet. Daß diese Strenge nur zur Exequirung von Schulden aus dem eigentlichen Nexum Statt gefunden habe, ist unerweislich. Jedenfalls kam jedoch späterhin, namentlich durch die lex Poetelia Papiria, diese strenge Execution gegen die Person selbst ab. Es sollten dafür pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse.

In Folge dieses Pöteliſchen Gesetzes, in Verbindung mit manchen sonstigen Veränderungen, hatte sich nunmehr, im Laufe der Zeit, eine ganz andere Execution, nämlich die an dem Vermögen des Schuldners gebildet. Eingeleitet wurde sie dadurch, daß sich die Creditoren an den Prätor wendeten und von diesem ein Decret auswirkten, wodurch sie in das Vermögen ihres Schuldners eingewiesen wurden. Missio in possessionem bonorum debitoris.[1]) Daran knüpfte sich anfänglich, für den Fall eines förmlichen Concurses, das Verkaufen des Schuldnervermögens im Ganzen, nach vorausgegangenem öffentlichen Feilbieten, proscriptio et venditio bonorum, mit der Wirkung einer prätoriſchen per universitatem successio, an denjenigen, welcher dafür den Creditoren die meisten Procente von ihren Forderungen zu bezahlen versprach. Allein späterhin wurde daraus ein Verkaufen der einzelnen Vermögensstücke des Schuldners durch die Concursgläubiger, oder den von ihnen bestellten curator bonorum. Aus dem Erlöse dieses Verkaufes können nun diejenigen Gläubiger, welche sich noch der missio in possessionem, durch rechtzeitige Anmeldung dazu,

[1]) S. oben §. 64.

mit angeschlossen haben, ihre Befriedigung verlangen. Dabei gilt es als Regel, daß jeder der Creditoren aus jenem Erlöse, so weit er reicht, ganz gleichmäßig pro rata befriedigt wird. Der Grund liegt darin, weil das sämmtlichen Gläubigern aus der missio zustehende prätorische Pfandrecht ein ganz gleiches ist. Doch leidet diese Regel, durch das, gewissen Creditoren für ihre Forderungen gesetzlich eingeräumte privilegium exigendi, auch privilegium schlechtweg genannt, eine Modification. Denn, machen diese privilegirten Gläubiger davon Gebrauch, so können sie verlangen, zuerst, vor allen übrigen, nicht eben so privilegirten Mitgläubigern, aus der Masse voll befriedigt zu werden. Die eigentlichen hypothekarischen Gläubiger, als solche, d. h. diejenigen, welche schon vor dem Ausbruche des Concurses, vor der erfolgten missio, ein Pfandrecht gehabt und genügend durch dasselbe gedeckt zu sein glauben, geht der Concurs überhaupt gar nicht an. Denn sie halten sich lediglich an ihre Pfänder und machen sich selber daraus, auf die gewöhnliche Weise, durch deren Verkauf, gerade so bezahlt, als sei gar kein Concurs ausgebrochen.

Uebrigens kann ein zahlungsunfähiger Schuldner dem förmlichen Ausbruche des Concurses, wodurch ihm, auch noch nach dem neuesten Rechte, immer infamia und, auf Verlangen der Gläubiger, selbst Personalarrest droht, dadurch zuvorkommen, daß er vorher selber, mittelst einer einfachen Erklärung seiner Zahlungsunfähigkeit, freiwillig seinen Gläubigern sein ganzes Vermögen, zum Zwecke ihrer Befriedigung daraus, abtritt, bonis cedirt. Es war diese cessio bonorum eine Rechtswohlthat, welche durch eine lex Julia, vielleicht die lex Julia judiciaria aus Augustus Zeiten, eingeführt worden. Nur freilich darf der Schuldner sich dieser Rechtswohlthat nicht, durch sein vorhergehendes Benehmen, unwürdig gemacht haben. Namentlich muß er, ohne daß ihn dabei der Vorwurf von eigenem dolus trifft, also mehr blos durch Unglücksfälle, in den Zustand der Insolvenz gerathen sein.

Aeris confessi rebusque jure judicatis triginta dies justi sunto, — post deinde manus injectio esto, — ni judicatum facit, aut quis endo eum jure vindicit, secum ducito, vincito, aut nervo, aut compedibus quindecim pondo ne minore, at si volet majore vincito.

Nam si plures forent, quibus reus esset judicatus, secare

si vellent atque partiri corpus addicti sibi hominis permiserunt. Et quidem verba ipsa legis dicam, ne existimes, me invidiam istam forte formidare. Tertiis, inquit, nundinis partes secanto; si plus minusve secuerint, se fraude esto. Gell. Noct. att. XX. 1.

Erant ante praedictam successionem olim et aliae per universitatem successiones. Qualis fuerat bonorum emtio, quae de bonis debitoris vendendis per multas ambages fuerat introducta et tunc locum habebat, quando judicia ordinaria in usu fuerunt. Sed, cum extraordinariis judiciis posteritas usa est, ideo cum ipsis ordinariis etiam bonorum venditiones exspiraverunt, et tantummodo creditoribus datur, officio judicis, bona possidere, et, prout eis utile visum fuerit, ea disponere. Pr. Inst. III. 12. de successionibus sublatis, quae fiebant per bonorum venditionem.

Debitores, qui bonis cesserint; licet ex ea causa bona eorum venierunt, infames non fiunt. Alexander in c. 11. C. II, 12. ex quibus causis infames non fiunt.

Qui bonis cesserunt, nisi solidum creditor receperit, non sunt liberati. In eo enim tantum hoc beneficium eis prodest, ne judicati detrahantur in carcerem. Alexand. in c. 1. C. VII, 71. qui bonis cedere possunt.

§. 154.

Die Compensation.

Dig. lib. XVI. tit. 2. de compensationibus. — Cod. lib. IV. tit. 31. de compensationibus.

Durch den bloßen Umstand, daß der Schuldner gegen denselben Gläubiger eine gleichartige Gegenforderung hat, erlöscht zwar die Forderung jenes Gläubigers an sich nicht, weder ganz, noch theilweise. Allein, der auf Zahlung in Anspruch genommene Schuldner kann, wenn er es vorzieht, statt zu zahlen, erklären, daß er die Forderung seines Gläubigers gegen eine, ihm gegen denselben zustehende, gleichartige Gegenforderung ganz, oder theilweise aufgerechnet wissen wolle, compensare. Er bezahlt dann seinen Gläubiger wirklich mit dieser Gegenforderung, indem, durch sein Berufen auf Compensation, nur ein unnützes Hin- und Herzahlen abgeschnitten wird. Gerade deßhalb kommt es dabei zunächst gar nicht auf das Belieben des Creditors, ob er sich die Compensation gefallen lassen will, an. Denn er wird dadurch ganz so, wie er es verlangen kann, d. h. obligationsmäßig bezahlt. Daher ferner wirkt denn auch die Compensation, da, wo sie eintritt, ganz der Zahlung gleich, tilgt also die obligatio ipso jure. Allein eben daraus, weil der

Schuldner zur Compensation nur befugt, und nicht verpflichtet ist, folgt auch, daß jene Wirkung nur dann eintritt, wenn der Debitor, sei es nun in Form einer Exception, oder sonst, bestimmt erklärt, daß er compensiren wolle. Immer aber muß die Gegenforderung, um sich zur Compensation zu eignen, dem Gegenstande nach, gleichartig, d. h. gerade ganz auf dieselbe Leistung gerichtet sein, welche der Gläubiger, der damit bezahlt werden soll, zu fordern hatte. Denn, nach dem Obigen,[1]) kann der Schuldner seinem Gläubiger, wider dessen Willen, keinen anderen Obligationsgegenstand, an Zahlungs Statt, aufdringen. Dagegen ist es nicht wesentlich, daß die zur Compensation bestimmte Gegenforderung, und die dadurch zu tilgende, der Summe, dem Quantum nach, ganz gleich sind. Denn es kann ja auch eine Zahlung theilweise bewerkstelligt werden.

Unverkennbar beruht die Möglichkeit einer solchen Compensation auf einer juristischen Abstraction und überhaupt auf einer freieren Anschauung und Behandlung der Obligationen. Daraus erklärt sich, warum das älteste römische Recht noch gar keine Compensation kennt und weßhalb sie auch späterhin lange Zeit nur in sehr beschränkten Grenzen und Maaße Statt fand, nämlich nur, wenn Forderung und Gegenforderung ex eadem causa, aus demselben Contracte, oder Obligationsgeschäfte entsprungen waren, und überhaupt nur bei Forderungen ex bonae fidei negotiis, bei welchen ohnehin dem Richter zur Pflicht gemacht war, genau abzuwägen, ob überhaupt der verklagte Debitor, den vorliegenden Verhältnissen nach, noch irgend etwas und wie viel er noch schulde.[2]) Allein, nach dem neueren römischen Rechte, steht das Compensiren dem auf Zahlung in Anspruch genommenen Schuldner auch bei stricti juris judiciis frei, und auch wenn Forderung und Gegenforderung ex dispari causa, aus verschiedenen Obligationsgeschäften, oder Gründen, entstanden sind. Nur muß jedenfalls die zum Compensiren bestimmte Gegenforderung im Allgemeinen eine, wenn auch nur als naturalis obligatio, rechtsgültige, ferner eine ganz gleichartige und zugleich auch gerade gegen denselben Creditor gerichtete sein. Endlich darf auch der von dem Debitor beabsichtigten Compensation, für den einzelnen Fall, sonst kein

[1]) S. §. 152.

[2]) S. oben §. 56.

besonderes gesetzliches Hinderniß entgegen stehen, namentlich nicht in der besonderen Art der zu tilgenden Forderung, indem z. B. wer ein depositum zurückfordert, sich nie auf Compensation einzulassen braucht, sondern unbedingt Rückgabe der deponirten Sache verlangen kann.

Da übrigens die Einrede der Compensation nur die Art und Form der Zahlung betrifft, so kann sie auch noch in der Liquidationsinstanz geltend gemacht werden. Dann aber muß sie freilich auch sofort liquid sein.

Compensatio est debiti et crediti inter se contributio. Modestinus in fr. 1. D. XVI, 2. de compensat.

In bonae fidei judiciis libera potestas permitti videtur judici, ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur, ut, si quid invicem praestare actorem oporteat, eo compensato, in reliquum is, cum quo actum est, debeat condemnari. Sed et in stricti juris judiciis, ex rescripto Divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur. Sed nostra constitutio easdem compensationes, quae jure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso jure minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascunque; excepta sola depositi actione, cui aliquid, compensationis nomine, opponi, iniquum esse credidimus, ne, sub praetextu compensationis, depositarum rerum quis exactione defraudetur. §. 30. Inst. IV, 6. de act.

Etiam, quod natura debetur, venit in compensationem. Ulpianus in fr. 6. D. XVI, 2. de compens.

§. 155.

Die Novation.

Dig. lib. XLVI. tit. 2. de novationibus et delegationibus. — Cod. lib. VIII. tit. 42. de nov. et deleg.

Der Schuldner kann möglicherweise seinen Gläubiger durch eine andere Forderung, die er ihm, statt jener früheren, einräumt, bezahlen. Da aber dadurch dem Gläubiger in der That etwas Anderes, als der ursprüngliche Gegenstand der obligatio, an Zahlungs Statt gegeben wird, so braucht er sich das nicht gefallen zu lassen, sondern es kann das nur mit Bewilligung des Gläubigers, durch eine ausdrückliche, darauf gerichtete Verabredung, geschehen. Ja, nach dem römischen strengen Obligationensysteme, genügt dazu nicht jede einfache Verabredung, sondern es bedarf dazu gerade der Stipulationsform. Ein Sti-

pulationsvertrag der Art heißt nun eben novatio, weil dadurch die zu tilgende obligatio in eine ganz neue, nova obligatio, welche, nach der Verabredung, an die Stelle jener bisherigen zu treten bestimmt ist, verwandelt wird. Weil der Creditor diese neue Forderung freiwillig als Zahlung annimmt, so wirkt auch die Novation der solutio gleich und macht demgemäß der obligatio schon ipso jure ein Ende. Es liegt also darin auf der einen Seite die Aufhebung einer bisherigen obligatio, auf der anderen Seite die Begründung einer neuen.

Eine solche Novation kann nun zu verschiedenen Zwecken gebraucht werden. Erstens dazu, um jede beliebige, Civil- oder Naturalobligation künstlich in eine Stipulation zu verwandeln, namentlich um hinterdrein die Acceptilation darauf anwenden zu können.[1] Dann wird eigentlich nur die causa obligationis verändert, während die übrigen Bestandtheile der Forderung dieselben bleiben. Sie kann aber auch ferner den Zweck haben, sonst irgend etwas an dem Inhalte der bisherigen obligatio zu ändern, sei es nun, daß die Leistung ihrem Gegenstande, ihrem Quantum, den beigefügten Nebenbestimmungen nach, kurz, in irgend einer Beziehung modificirt wird. Sie kann endlich zunächst einen Wechsel der wesentlichen Interessenten, namentlich der Person des Debitors bezwecken. Das ist um so wichtiger, weil die Novation im römischen Rechte das einzig anwendbare Mittel ist, um, dem Erfolge nach, zu bewirken, daß an die Stelle des bisherigen und ursprünglichen Debitors eine ganz andere Person, als Debitor, eintritt. Denn, so lange dieselbe obligatio, als solche, noch fortdauert, so lange ist ein Wechsel des Debitors, mittelst einer Singularsuccession, unmöglich.[2] Eine solche Novation, durch welche der bisherige Debitor aus der obligatio ganz heraus und ein anderer, als Debitor, ganz für ihn hineintritt, heißt dann insbesondere expromissio, und ist eine wichtige Unterart der Interceſſionen überhaupt.[3]

In allen diesen angegebenen Fällen setzt jedoch die Novation, um als solche zu wirken, immer wesentlich voraus, theils

[1] S. den unmittelbar folgenden §.

[2] S. oben §. 125.

[3] S. oben §. 132.

als Grundlage, das bisherige Bestehen einer rechtsgültigen obligatio, welche übrigens auch eine naturalis sein kann, theils den bestimmten erwiesenen animus novandi, von Seiten der Contrahenten. Fehlt der letztere, so tritt zu der bisherigen obligatio die neu begründete noch hinzu.

Praeterea novatione tollitur obligatio. Veluti, si id, quod tu Sejo debeas, a Titio dari stipulatus sit. Nam interventu novae personae nova nascitur obligatio, et prima tollitur, translata in posteriorem, adeo, ut interdum, licet posterior obligatio inutilis sit, tamen prima novationis jure tollatur. —

Sed, cum hoc quidem inter veteres constabat, tunc fieri novationem, cum novandi animo in secundam obligationem itum fuerat, per hoc autem dubium erat, quando novandi animo videretur hoc fieri, et quasdam de hoc praesumtiones alii in aliis casibus introducebant, ideo nostra processit constitutio, quae apertissime definivit, tunc solum fieri novationem, quotiens hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, quod propter novationem prioris obligationis convenerunt; alioquin manere et pristinam obligationem, et secundam ei accedere, ut maneat ex utraque causa obligatio, secundum nostrae constitutionis definitiones. §. 3. Inst. III, 29. quibus modis tollitur obligatio.

Novatio est prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem, vel naturalem, transfusio atque translatio, cum ex praecedenti causa ita nova constituitur, ut prior perimatur. Novatio enim a novo nomen accepit et a nova obligatione.

Omnes res transire in novationem possunt. Quodcunque enim sive verbis contractum est, sive non verbis, novari potest et transire in verborum obligationem ex quacunque obligatione, dummodo sciamus, novationem ita demum fieri, si hoc agatur, ut novetur obligatio. Ceterum, si hoc non agatur, duae erunt obligationes. Ulpian. in fr. 1. pr. et fr. 2. D. XLVI, 2. de novat. et delegat.

§. 156.

Erlassungsverträge.

Dig. lib. XLVI. tit. 4. de acceptilatione. — Dig. lib. II. tit. 14. de pactis. — Cod. lib. VIII. tit. 44. de acceptilatione.

Das römische Recht kennt verschiedene Arten von Formen, in welchen der Gläubiger, vertragsweise, seinen Schuldner von den rechtlichen Folgen der bisherigen Obligation befreien kann. Eben so verschieden ist ferner der Zweck eines solchen Erlassens. Denn bald geschieht es in der Absicht, um den Schuldner, ohne

einen schon außerdem vorhandenen Tilgungsgrund, dem Obligationsnexus zu entziehen, bald soll dadurch nur einem schon außerdem vorliegenden Tilgungsgrunde eine solennere, mehr sichernde Form und Unterlage gegeben werden.

Dahin gehörte früherhin die nexi liberatio per aes et libram, welche, der nexi obligatio entsprechend, in einer imaginären Bezahlung bestand und eben deßhalb ipso jure die obligatio aufhob.[1])

Eine gleiche Bewandtniß hatte es mit der in Form der literae eingekleideten Liberation, indem eine durch Eintragung in die Rechnungsbücher begründete obligatio durch Abschreiben darin wieder aufgehoben werden konnte. Auch sie kommt nicht mehr vor.

Dagegen kennt das neuere römische Recht allerdings noch zwei verschiedene Formen des Nachlaßvertrages, die acceptilatio und das pactum de non petendo.

Unter der ersteren versteht man die in Stipulationsform eingekleidete, mündliche Erklärung des Creditors, auf die deßhalb an ihn von dem Debitor ausdrücklich mündlich gestellte Frage, daß er sich für bezahlt erachte. Gerade darum, weil hier der bisherige Creditor sich auf das Bestimmteste für bezahlt erklärt, hat auch eine solche Acceptilation die Wirkung, daß dadurch die obligatio ipso jure, als bezahlt, erlischt. Dagegen war allerdings die Acceptilation insofern beschränkter Natur, als sie nur auf stipulationsmäßig begründete Obligationen Anwendung litt. Doch konnte dadurch nachgeholfen werden, daß man die ursprünglich anders begründeten Obligationen, zu jenem Zwecke der nachfolgenden Acceptilation künstlich zuvor durch Novation in Stipulationsobligationen verwandelte.[2]) Darauf bezieht sich, als Formular zu einer Generalacceptilation, die Aquiliana stipulatio.

Von anderer Art ist das pactum de non petendo. Dieses ist allerdings insofern durchgreifender, wie die acceptilatio, als es auf alle Obligationen und Schulden, ohne Rücksicht auf ihre causa und Entstehung, Anwendung leidet. Dagegen hat es aber auch nicht die strenge Wirkung, daß dadurch die Obligation schon ipso jure erlöscht. Denn der Gläubiger er-

[1]) S. oben §. 151.

[2]) S. §. 155.

klärt sich hier nicht für bezahlt, sondern verspricht nur, und zwar ohne Stipulationsform, daß er die Schuld nicht einfordern, einklagen, petere, wolle. Daher bleibt er, der Strenge nach, immer noch Gläubiger; doch steht ihm, wenn er vertragswidrig einklagt, petit, die exceptio pacti s. doli von Seiten des Schuldners entgegen.

Endlich kann und muß auch als eine Art von wechselseitigem Nachlaßvertrag betrachtet werden der Fall, den man als contrarius consensus, oder als mutuus dissensus zu bezeichnen pflegt. Wie nämlich gewisse Verträge solo consensu contrahirt werden, so können auch die daraus für die Contrahenten entspringenden Obligationen schon durch die bloße entgegengesetzte, auf Wiederauflösung des Vertrages gerichtete Uebereinkunft, wieder aufgehoben werden. Doch setzt das voraus, daß in der That das ganze Contractsverhältniß noch auf dem bloßen consensus beruht, und nicht etwa bereits, von irgend einer Seite, mit der wirklichen Erfüllung der Anfang gemacht worden ist. Denn sonst löst sich das bisherige Obligationsverhältniß wenigstens nicht solo contrario consensu, in jeder Beziehung.

Item per acceptilationem tollitur obligatio. Est autem acceptilatio imaginaria solutio. Quod enim ex verborum obligatione Titio debetur, id si velit Titius remittere, poterit sic fieri, ut patiatur haec verba debitorem dicere: quod ego tibi promisi, habesne acceptum? Titius respondeat: habeo. Sed et Graece potest acceptum fieri, dummodo sic fiat, ut latinis verbis solet: ἔχεις λαβὼν δηνάρια τόσα; ἔχω λαβών. Quo genere, ut diximus, tantum hae obligationes solvuntur, quae ex verbis consistunt, non etiam ceterae. Consentaneum enim visum est, verbis factam obligationem posse aliis verbis dissolvi. Sed id, quod ex aliis causis debetur, potest in stipulationem deduci, et per acceptilationem dissolvi. §. 1. Inst. III, 29. quibus modis obligatio tollitur.

Est prodita stipulatio, quae vulgo Aquiliana appellatur, per quam stipulationem contingit, ut omnium rerum obligatio in stipulatum deducatur et ea per acceptilationem tollatur. Stipulatio enim Aquiliana novat omnes obligationes et a Gallo Aquilio ita composita est: quidquid te mihi ex quacunque causa dare, facere oportet, oportebit, praesens in diemve, quarumque rerum mihi tecum actio, quaeque abs te petitio, vel adversus te persecutio est, erit, quodve tu meum habes, tenes, possides, posse-

disti, dolove malo fecisti, quo minus possideas: quanti quaeque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spopondit Numerius Negidius. Item ex diverso Numerius Negidius interrogavit Aulum Agerium: quidquid tibi hodierno die per Aquilianam stipulationem spopondi, id omne habesne acceptum? Respondit Aulus Agerius: habeo acceptumque tuli. §. 2. Inst. III, 29. quibus modis obligatio tollitur.

Praeterea debitor, si pactus fuerit cum creditore, ne a se peteretur, nihilominus obligatus manet, quia pacto convento obligationes non omnimodo dissolvuntur. Qua de causa efficax est adversus eum actio, qua actor intendit: si paret, eum dare oportere. Sed, quia iniquum est, contra pactionem eum damnari, defenditur per exceptionem pacti conventi. §. 3. Inst. IV, 13. de exceptionibus.

Hoc amplius hae obligationes, quae consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur. Nam, si Titius et Sejus inter se consenserint, ut fundum Tusculanum emtum Sejus haberet centum aureorum, deinde, re nondum secuta, id est, neque pretio soluto, neque fundo tradito, placuerit inter eos, ut discederetur ab ea emtione et venditione, invicem liberantur. Idem est in conductione et locatione et in omnibus contractibus, qui ex consensu descendunt, sicut jam dictum est. §. 4. Inst. III, 29. quibus modis tollitur obligatio.

§. 157.

Andere Erlöschungsgründe der Obligationen.

Auch außerdem kann eine obligatio noch aus verschiedenen Gründen erlöschen.

Dahin gehört namentlich ein jedes Ereigniß, wodurch die beiden, zu einer jeden obligatio wesentlich nöthigen Subjecte, Intereſſenten, der Creditor und der Debitor aufhören, als ſolche, d. h. als zwei, ſelbſtſtändig jede für ſich beſtehende Perſonen, einander gegenüber zu ſtehen. Das iſt der Fall, wenn ſie, durch confusio, juriſtiſch mit einander in eine einzige Perſon zuſammenfallen, z. B. indem der Creditor den Debitor, oder dieſer jenen beerbt. Denn man kann nicht füglich ſein eigener Gläubiger, oder ſein eigener Schuldner ſein. Dahin gehört ferner zuweilen der Fall, wenn einer der beiden Intereſſenten durch capitis diminutio, oder durch den Tod dem bisherigen Obligationsverhältniſſe gänzlich entzogen wird. Zwar geht regelmäßig ſo-

wohl der Forderungsanspruch, als die Schuldverpflichtung auf die Erben des Creditors und Debitors über. Doch leidet das nach gesetzlicher Vorschrift eine besondere Ausnahme bei gewissen Obligationen, die in der That, als höchst persönliche, entweder gar nicht, weder activ, noch passiv, oder wenigstens von der einen Seite nicht vererben. Dahin gehört ferner auch noch der gänzliche Wegfall des ursprünglich vorhandenen juristischen Interesses, von Seiten des bisherigen Creditors. Denn, so wie eine obligatio ohne ein solches vorhandenes Interesse des Creditors überhaupt gar nicht neu begründet werden kann, eben so wenig vermag, ohne Fortdauer desselben, die bisherige obligatio noch länger fortzubestehen. Endlich kann auch, wenigstens unter Umständen, eine bisherige obligatio noch durch den gänzlichen Wegfall ihres ursprünglichen Gegenstandes erlöschen.[1])

[1]) S. jedoch oben §. 152.

Viertes Buch.

Das s. g. Familienrecht, oder die Lehre von den Familienverhältnissen.

§. 158.

Uebersicht.

Nach der vorläufigen Entwickelung im §. 81. sind es drei Rechtsverhältnisse, welche, als Familienverhältnisse, das s. g. Familienrecht bilden, die Ehe, sodann das Verhältniß der Eltern zu ihren Kindern und die väterliche Gewalt insbesondere, und endlich die Vormundschaft. In dieser natürlichen Reihenfolge sollen sie jetzt abgehandelt werden.

Als Träger und Subject aller dieser Familienverhältnisse erscheint natürlich immer nur eine s. g. physische Person, indem, der Natur der Sache nach, juristische Personen keiner Familienverhältnisse fähig sind.

Vorauszuschicken ist ferner eine allgemeine historische Bemerkung. Je mehr wir nämlich in die ältesten Zeiten der römischen Rechtsverfassung zurückgehen, desto auffallender begegnet uns ein gewisses Zusammenfließen der Familienverhältnisse mit denen des Vermögens, so daß die Familie fast in dem Vermögen aufgeht und sich mit demselben identificirt. Dieselbe privatrechtliche Gewalt des römischen Bürgers, welcher seine zum eigentlichen Vermögen, patrimonium, gehörigen Sachen unterworfen waren, beherrschte auch die diesem Familienoberhaupte, als paterfamilias, untergebenen Familienglieder und machte sie ihm pecuniär nutzbar. Er verfügte über seine familia in einer sehr ähnlichen, unbeschränkten Weise, wie über seine pecunia, und nur der Umstand, daß seine Familienglieder nicht Sachen, sondern immer doch wirkliche Personen waren, begründete einen natürlichen Unterschied. Erst im Laufe der Zeit begann die Familie, sich mit ihren eigenthümlichen, rein persönlichen Bezie-

hungen, von dem Vermögen mehr loszureißen. Der allerdings noch theilweise übrig gebliebene Zusammenhang des Vermögens mit der Familie ist nicht mehr von der Art, daß die Familienverhältnisse selbst dadurch absorbirt, oder auch nur in den Hintergrund gestellt werden.

Erstes Capitel.

Die Lehre von der Ehe.

§. 159.

Begriff der Ehe.

Gai. Comm. lib. I. §. 108. sq.

Die Römer gehen zwar von der Ansicht aus, daß der rohere Keim zu der Ehe, als einer geschlechtlichen Verbindung, schon in der thierischen Natur des Menschen, in demjenigen, quod natura omnia animalia docuit, liege. Dennoch verkennen sie nicht das der Ehe zu Grunde liegende höhere, rein menschliche und sittliche Element, sondern heben vielmehr dasselbe, in der dadurch bezweckten Gemeinschaft des ganzen Lebens zwischen Einem Manne und Einem Weibe, als zum Wesen der Ehe schon nach dem jus gentium gehörig, scharf hervor. Darin liegt der gemeinschaftliche Charakter der Ehe, wie er sich überall gleichmäßig vorfindet, und im Gefolge dessen die Ehe als Wurzel und Fundament, nicht blos sämmtlicher Familienverhältnisse, sondern sogar des ganzen Staatsvereines erscheint. Wenn wir nun, trotz dieses gemeinsamen Charakters, in den verschiedenen positiven Legislationen, das Eherecht sonst verschieden aufgefaßt finden, so hängt das mit der Beantwortung zweier Fragen zusammen; nämlich theils mit der Frage, an welchen eigenthümlich bestimmten, äußeren Merkmalen und Bedingungen juristisch das Dasein der Ehe erkannt werden soll, theils mit der Frage, welche besondere eigenthümliche Rechtswirkungen an dieses Dasein geknüpft sein sollen.

Das römische Recht erkannte zwar, von jeher, nur eine einzige civilrechtliche Art der Ehe an, unter den gleichbedeutenden Namen nuptiae, justae nuptiae, justum, legitimum

matrimonium. Aber, in Rücksicht gewisser, mehr außer derselben liegenden Wirkungen, je nachdem diese zufällig damit verbunden waren, oder nicht, unterschied man zwischen der Ehe cum conventione uxoris in manum mariti und zwischen der Ehe ohne jene conventio. Daraus zwei ganz verschiedene Arten der Ehe zu machen, ist nicht nur unrömisch, sondern führt auch sonst leicht zu argen Mißverständnissen.

Das Charakteristische dieses justum matrimonium, welches daher auch gleichmäßig und unverändert dasselbe blieb, es mochte nun die manus mariti damit verbunden sein, oder nicht, bestand in seiner streng civilrechtlichen Grundlage, wonach nur römische Bürger desselben fähig waren. Seine wesentliche Bedingung war ferner das Dasein des connubium, verbunden mit der affectio matrimonialis, dem consensus nuptialis. Als seine Hauptwirkungen sind zu betrachten, daß die Frau an dem Range und Stande ihres Mannes Theil nimmt, und die Kinder, als eheliche, nicht blos überhaupt juristisch einen Vater haben, sondern auch in die patria potestas dieses ihres Vaters, oder sonstigen, entfernteren väterlichen Ascendenten fallen.

Dasjenige, was die beiden, oben erwähnten möglichen Gestaltungen der civilrechtlichen Ehe, welche man heut zu Tage auch wohl als die strenge und die weniger strenge Ehe zu bezeichnen pflegt, von einander unterschied, lag, abgesehen von einigen, mehr zufälligen äußeren Formen bei der Abschließung, in dem mehr, oder weniger strengen Einflusse der Ehe auf die Selbstständigkeit der Frau, in ihrem Verhältnisse zu dem Ehemanne. Denn diejenige uxor, quae in manum mariti convenerat, kam dadurch zu ihrem Manne in das untergeordnete Verhältniß einer filiafamilias, trat dadurch aus ihrer bisherigen, eigenen Familie heraus und dafür in die Familie ihres Ehemannes über. Dagegen bei der Ehe ohne conventio verblieb die Ehefrau ganz in ihren früheren, bisherigen Familienverhältnissen, jedenfalls ohne ihre Selbstständigkeit, dem Manne gegenüber, zu verlieren.

Im Laufe der Zeit wurde übrigens die ehemals häufige Verbindung des justum matrimonium mit conventio uxoris in manum mariti immer seltener, und verschwindet endlich schon unter der ersten Kaiserregierung gänzlich, ohne daß sich die Zeit

jenes Verschwindens genauer angeben läßt. Der Grund dieser geschichtlichen Erscheinung lag in dem Zusammenwirken verschiedener Zeitereignisse, besonders in dem unverkennbaren Sinken der ursprünglichen Reinheit der Sitten und des Familienlebens. Im neueren römischen Rechte giebt es daher nur noch eine civilrechtliche Ehe ohne conventio uxoris in manum mariti. Diese ist denn auch immer gemeint, wo die neueren Rechtsquellen von der römischrechtlichen Ehe reden. Nichts desto weniger ist der Begriff des justum matrimonium im Uebrigen dadurch nicht verändert worden.

Von diesem, dessen natürlich auch nur römische Bürger fähig waren, unterschied sich nun wesentlich die Ehe nach dem jus gentium, deren auch Peregrinen für fähig galten. Sie war eine geschlechtliche Verbindung, die denselben oben angegebenen allgemeinen, rein menschlichen Zweck und Charakter der Ehe hatte, mit denjenigen genaueren Bestimmungen, wie sie das jus gentium, namentlich das vaterländische Recht der fraglichen Peregrinen, mit sich brachten. Auch sie begründete ein consortium totius vitae, und die in ihr erzeugten Kinder hatten juristisch einen Vater, und die Frau galt als Ehefrau. Nur die streng civilrechtlichen Wirkungen, namentlich die patria potestas des Vaters über die ehelichen Kinder, fielen dabei weg.

Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit. — Hinc descendit maris atque feminae conjunctio, quam nos matrimonium appellamus. Pr. Inst. I, 2. de jure naturali, gentium et civili.

Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuam vitae consuetudinem continens. §. 1. Inst I, 9. de patria potestate.

Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio. Modestin. in fr. 1. D. XXIII, 2. de ritu nuptiarum.

Genus enim est uxor, ejus duae formae, una matrumfamilias, earum, quae in manum convenerunt, altera earum, quae tantummodo uxores habentur. Cic. Top. cap. 3.

§. 160.

Andere Geschlechtsverbindungen, außer der Ehe, namentlich der concubinatus.

Dig. lib. XXV. tit. 7. de concubinis. — Cod. lib. V. tit. 26. de concubinis.

Es kann sich ereignen, daß, auch ohne das Dasein, ja sogar oft ohne die Absicht und juristische Möglichkeit einer wahren Ehe, ein Mann mit einer Frauensperson in geschlechtlicher Verbindung lebt. Diese ist dann freilich oft schon an sich eine gesetzlich unerlaubte, ja verbrecherische, wegen des darin liegenden stuprum, oder adulterium, oder incestus, sämmtlich sogar criminell bedroht durch die so viel umfassende lex Julia de adulteriis coërcendis. Ueberhaupt gab es, nach dem älteren römischen Rechte, außer der Ehe, gar kein, gesetzlich als erlaubt anerkanntes, geschlechtliches Verhältniß. Ein solches, der concubinatus, kam erst späterhin unter Kaiser Augustus auf.

Es war dieser Concubinat eine gesetzlich erlaubte, bleibende, mit gewissen rechtlichen Folgen verknüpfte, geschlechtliche Verbindung einer unverheiratheten Mannsperson mit einer unverheiratheten Frauensperson, zwar zum Zwecke eines consortium totius vitae, jedoch ohne die affectio matrimonialis. Seine näheren Bestimmungen und seinen eigentlichen juristischen Charakter erhielt er erst durch die lex Julia Papia Poppaea. Ueberhaupt hing er genau zusammen mit manchen anderen politischen Zwecken, welche Augustus durch diese lex Julia zu erreichen strebte. Namentlich sollte dadurch besonders der damals eingerissenen, fast unbegrenzten Sittenlosigkeit der Römer, auf indirectem Wege, entgegengearbeitet werden.

Ein solcher concubinatus war nun allerdings keine Ehe, gab daher auch der Concubine, weil sie nicht als Ehefrau, als uxor erschien, keinen Antheil an dem Stande und Range des Mannes. Eben so wenig brachte er die Concubinenkinder, die liberi naturales, weil sie doch nicht eheliche waren, unter die väterliche Gewalt ihres Erzeugers. Indessen führte doch der Concubinat sonst mancherlei rechtliche Folgen herbei, sowohl für die beiden mit einander im Concubinate lebenden Personen selbst,

als auch für die Concubinenkinder, welche namentlich juristisch dadurch einen Vater und gewisse Rechte gegen ihn bekamen. So finden wir den Concubinat auch noch im Justinianeischen Rechte als ein gesetzlich gebilligtes Rechtsverhältniß. Aber es tritt, seitdem das Christenthum zur Staatsreligion erhoben worden, immer deutlicher hervor das Bestreben der Kaiser, dem Concubinate, den geradezu aufzuheben und zu verbieten sie sich nicht getrauten, weil er schon zu sehr mit den damaligen römischen Lebensgewohnheiten verwachsen war, wenigstens auf mancherlei indirecte Weise entgegenzuarbeiten.

Endlich darf mit allen bisher erwähnten Verhältnissen nicht verwechselt werden das contubernium, die geschlechtliche Verbindung eines freien Menschen mit einem Sclaven, oder der Sclaven unter einander. Denn, obgleich letztere, besonders wo sie mit Einwilligung der beiderseitigen Herren Statt fand, äußerlich die Form einer Ehe, oder eines concubinatus annehmen konnte, so hatte sie doch natürlich für die Sclaven selbst nicht die Natur eines wahren Rechtsverhältnisses.

Stuprum committit, qui liberam mulierem, consuetudinis causa, non matrimonii, continet, excepta videlicet concubina. Modestin. in fr. 34. §. 1. D. XLVIII, 3. ad leg. Juliam de adulteriis.

Parvi autem refert, uxori an concubinae quis leget, quae ejus causa emta parata sunt; sane enim, nisi dignitate, nihil interest. Ulpianus in fr. 49. §. 4. D. XXXII. de legat.

Eo tempore, quo quis uxorem habet, concubinam habere non potest. Concubina igitur ab uxore solo dilectu separatur. Pauli Sent. recept. lib. II. tit. 20.

Inter servos et liberos matrimonium contrahi non potest, contubernium potest. Pauli Sent. rec. lib. II. tit. 19. §. 6.

§. 161.

Die rechtliche Möglichkeit der Ehe, oder das connubium.

Inst. lib. I. tit. 10. de nuptiis. — Dig. lib. XXIII. tit 2. de ritu nuptiarum. — Cod. lib. V. tit. 4. de nuptiis.

Nur wo das connubium vorhanden ist, wo also, nach unserem heutigen juristischen Sprachgebrauche, kein Ehehinderniß vorliegt, kann überhaupt möglicherweise von einer civilrechtlichen Ehe die Rede sein.

Dieses Connubium fehlt aber absolut nicht blos allen Sclaven, sondern auch, wegen der civilrechtlichen Natur der Ehe, al-

len nichtrömischen Bürgern, insofern ihnen nicht besonders, als Vergünstigung, das connubium ertheilt worden ist. Connubium concessum. Es fehlt ferner, aus Gründen, welche mit dem natürlichen Zwecke der Ehe zusammenhängen, allen Unmündigen und Castraten. Relativ fehlt das connubium oft insofern, als gewisse Gründe gewissen Personen die Ehe nur unter einander unmöglich machen, obgleich jede derselben, für sich allein betrachtet, sonst fähig ist, eine Ehe zu schließen. Dergleichen Gründe sind namentlich die Folge einer durch Gewohnheit, oder Gesetz geheiligten Scheu, wonach nahe Verwandte, oder Verschwägerte sich nicht heirathen dürfen. Die Grenze dieses Eheverbotes war übrigens nicht zu jeder Zeit im römischen Staate ganz gleich bestimmt. Sie sind aber auch zum Theil die Folge von mancherlei anderen, mehr blos politischen Verhältnissen. Zu diesen letzteren gehörte schon früh eine gewisse Ungleichheit des Standes. Das ursprünglich zwischen Patriciern und Plebejern mangelnde connubium wurde freilich durch die lex Canuleja (nach E. R. 311) hergestellt. Aber unter Augustus hatte sich, durch die lex Julia et Papia Poppaea, ein neues Eheverbot, wegen gewisser anderer Ungleichheiten des Standes, gebildet, welches jedoch den Concubinat zuließ und erst von Justinian völlig wieder aufgehoben worden ist.

Außerordentliche Bewilligungen der Eheschließung an Einzelne, trotz dem gesetzlich mangelnden connubium, auf dem Wege der Gnade, oder Dispensation, waren zwar schon früh möglich, scheinen aber im Ganzen nur selten vorgekommen zu sein. Am seltensten und spätesten da, wo die Ehe wegen zu naher Verwandtschaft, oder Verschwägerung, gesetzlich verboten war.

Justum matrimonium est, si inter eos, qui nuptias contrahunt, connubium sit. — Connubium est uxoris jure ducendae facultas. Connubium habent cives romani cum civibus romanis, cum latinis autem et peregrinis ita, si concessum sit. Cum servis nullum est connubium. Ulpian. Fragm. tit. V. §. 4 et 5.

Justas autem nuptias inter se cives romani contrahunt, qui secundum praecepta legum coëunt, masculi quidem puberes, feminae autem viri potentes, sive patresfamilias sint, sive filiifamilias. Ergo non omnes nobis uxores ducere licet. Nam quarundam nuptiis abstinendum est. Inter eas enim personas, quae parentum liberorumve locum inter se obtinent, nuptiae contrahi non possunt, veluti inter patrem et filiam, vel avum et neptem,

vel matrem et filium, vel aviam et nepotem et usque ad infinitum. Et si tales personae inter se coierint, nefarias atque incestas nuptias contraxisse dicuntur. Et haec adeo ita sunt, ut, quamvis per adoptionem parentum liberorumve loco sibi esse coeperint, non possint inter se matrimonio jungi, in tantum, ut etiam dissoluta adoptione idem juris maneat. Itaque eam, quae tibi per adoptionem filia, aut neptis esse coeperit, non poteris uxorem ducere, quamvis eam emancipaveris.

Inter eas quoque personas, quae ex transverso gradu cognationis junguntur, est quaedam similis observatio, sed non tanta. Sane enim inter fratrem et sororem nuptiae prohibitae sunt, sive ab eodem patre eademque matre nati fuerint, sive ex alterutro eorum. Sed, si qua per adoptionem soror tibi esse coeperit, quamdiu quidem constat adoptio, sane inter te et eam nuptiae consistere non possunt. Cum vero per emancipationem adoptio dissoluta sit, poteris eam uxorem ducere. Sed, et si tu emancipatus fueris, nihil est impedimento nuptiis. — Fratris vero, vel sororis filiam uxorem ducere non licet. Sed nec neptem fratris, vel sororis ducere quis potest, quamvis quarto gradu sint; cujus enim filiam uxorem ducere non licet, ejus neque neptem permittitur. — Item amitam, licet adoptivam, uxorem ducere non licet, item materteram, quia parentum loco habentur. Qua ratione verum est, magnam quoque amitam et materteram magnam prohiberi uxorem ducere.

Adfinitatis quoque veneratione quarundam nuptiis abstinere necesse est. Ut ecce privignam, aut nurum uxorem ducere non licet, quia utraeque filiae loco sunt. Pr. §. 1—6. Inst. I, 10. de nuptiis.

Lege Julia ita cavetur: qui senator est, quive filius neposve ex filio, proneposve ex filio nato cujus eorum est, erit, ne quis eorum sponsam uxoremve sciens dolo malo habeto libertinam, aut eam, quae ipsa, cujusve pater materve artem ludicram facit, fecerit; neque senatoris filia, neptisve ex filio, proneptisve ex nepote, filio nato, nata, libertino, sive qui ipse cujusve pater materve artem ludicram facit, fecerit, sponsa nuptave sciens dolo malo esto, neve quis eorum dolo malo sciens sponsam uxoremve eam habeto. Paul. in fr. 44. pr. D. XXIII, 2. de ritu nuptiarum.

§. 162.

Die wirkliche Eingehung der Ehe und die conventio uxoris in manum mariti.

Das vorhandene connubium macht an sich die Ehe unter gewissen Personen nur rechtlich möglich. Wirklich begründet

wird sie aber, unter Voraussetzung des connubium, durch ihre Abschließung und Eingehung.

Diese beruhte indessen von jeher auf dem bloßen erwiesenen Dasein der gegenseitigen affectio conjugalis s. maritalis, nach dem Grundsatze: Consensus facit nuptias. Einer besonderen solennen Erklärung dieser Absicht, Mann und Frau zu sein, von Seiten der heirathenden Personen, bedurfte es zur Gültigkeit der Ehe, als solcher, nie. Vielmehr wird noch im neuesten römischen Rechte die Ehe regelmäßig durch bloßen consensus abgeschlossen. Nur ausnahmsweise bedarf es zu dem Abschlusse gewisser Ehen unter Standespersonen, oder zu dem Zwecke, damit gewisse besondere Wirkungen, z. B. die Legitimation der Concubinenkinder per subsequens matrimonium eintreten, der Fertigung schriftlicher Eheverträge, instrumenta, pacta dotalia.

Dagegen war es allerdings von jeher strenge Vorschrift, daß ein filius- oder eine filiafamilias, wenige, zum Theil schon in der lex Julia et Papia Poppaea enthaltene Ausnahmsfälle, oder vielmehr Milderungen abgerechnet, nicht ohne consensus ihres Parens eine rechtsgültige Ehe abschließen konnten. Ja, nach der ursprünglichen Strenge der väterlichen Gewalt, konnte der Parens seine Hauskinder sogar ganz nach eigenem Belieben, ohne sie selber zu fragen, verheirathen.

Alles dieses gilt übrigens blos von dem Abschlusse des einfachen matrimonium, mit seinen gewöhnlichen, civilrechtlichen Wirkungen. Sollte dagegen die Ehefrau zugleich in manum mariti übergehen, so genügte die einfache Abschließung der Ehe nicht, sondern es mußte, zu diesem Zwecke, immer noch etwas Anderes, Besonderes hinzutreten. Es hing nämlich zunächst von dem Willen der heirathenden Personen, oder derjenigen, die sie in der patria potestas hatten, ab, ob die abzuschließende Ehe sofort mit einer conventio in manum mariti verbunden sein sollte. War das ihr Wille, so mußte er sich gleich bei dem Abschlusse der Ehe, in der solennen Form der coëmtio, oder der confarreatio, kundgeben. Beide bezweckten gleichmäßig den Uebergang der Ehefrau in die manus, aber die confarreatio zugleich gewisse, das Priesterwesen betreffende, religiöse Tendenzen. Denn die Inhaber gewisser priesterlicher Würden konnten überhaupt nur in Form der confarreatio eine Ehe schließen. Auch

waren nur die aus confarreirten Ehen entsprossenen Kinder fähig, gewisse priesterliche Würden zu erlangen. Indessen, selbst eine ohne Coemtion und ohne Confarreation, oder in dieser Beziehung fehlerhaft und wirkungslos abgeschlossene Ehe konnte hinterdrein, nach dem präsumtiven Willen der Ehegatten, stillschweigend dadurch, daß sie es nicht absichtlich, durch das trinoctium usurpandi causa, hinderten, durch ungetrenntes längeres Zusammensein, durch den usus, den Charakter der conventio annehmen. Von diesen drei Begründungsarten der conventio fiel am frühesten hinweg der stillschweigende Uebergang der Ehefrau in die manus des Mannes, durch usus. Es konnte seitdem eine Frau immer nur durch solenne Acte, durch confarreatio, oder coëmtio, in die manus mariti kommen. Am längsten erhielt sich noch, wegen ihres Zusammenhanges mit national-religiösen Zwecken, die Anwendung der confarreatio. Doch scheint diese seit Augustus und Tiberius eine bloße Form geworden zu sein, welche, ohne die wahre manus zu begründen, nur die Aufrechthaltung gewisser priesterlicher Institute bezweckte.

Nuptiae consistere non possunt, nisi consentiant omnes, id est, qui coëunt, quorumque in potestate sunt.

Nuptias non concubitus, sed consensus facit. Ulpian. in fr. 30. D. L, 17. de reg. jur.

Dum tamen filiifamilias et consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt. Nam hoc fieri debere, et civilis et naturalis ratio suadet in tantum, ut jussum parentis praecedere debeat. Unde quaesitum est, an furiosi filia nubere, aut furiosi filius uxorem ducere possit? cumque super filio variabatur, nostra processit decisio, qua permissum est, ad exemplum filiae furiosi, filium quoque posse, et sine patris interventu, matrimonium sibi copulare, secundum datum ex constitutione modum. Pr. Inst. I, 10. de nuptiis.

Olim tribus modis in manum conveniebant. Usu, farreo. coëmtione.

Usu in manum conveniebat, quae anno continuo nupta perseverabat. Nam velut annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat, filiaeque locum obtinebat. Itaque lege duodecim tabularum cautum erat, si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ut quotannis trinoctio abesset, atque ita usum cujusque anni interrumperet. Sed hoc totum jus partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine obliteratum est.

Farreo conveniunt per quoddam genus sacrificii, in quo farreus panis adhibetur; unde etiam confarreatio dicitur. Sed com-

plura praeterea, hujus juris ordinandi gratia, cum certis et solennibus verbis, praesentibus decem testibus, aguntur et fiunt. Quod jus etiam nostris temporibus in usu est.

Coëmtione in manum conveniunt per mancipationem, id est per quandam imaginariam venditionem, adhibitis non minus, quam quinque testibus civibus romanis puberibus, item libripende, praeter mulierem, eumque, cujus in manum convenit. Gai. Comm. I. §. 110—113.

§. 163.

Die Verlöbnisse, Sponsalien.

Dig. lib. XXIII. tit. 1. de sponsalibus. — Cod. lib. V. tit. 1. de sponsalibus et arrhis sponsalitiis et proxeneticis.

Die Ehe pflegt zwar vorbereitet, oder eingeleitet zu werden durch den Abschluß von Eheverlöbnissen, sponsalia. Aber wesentlich sind dieselben nicht für die Rechtsgültigkeit der nachfolgenden Ehe. Vollends begründeten sie, obgleich sie, wovon sie auch den Namen führen, ursprünglich aus zwei einander correspondirenden Stipulationen bestanden, auch da, wo sie abgeschlossen worden, niemals, auch nicht ein Mal indirect, durch Verabredung einer Conventionalstrafe, eine juristische Verbindlichkeit für die Verlobten zur nachherigen wirklichen Eingehung der verabredeten Ehe. Daher kann daraus keiner der Verlobten den anderen zu der versprochenen Ehe nöthigen. Vielmehr steht Jedem von ihnen frei, ganz nach Belieben das bisherige Verlöbniß wieder aufzulösen. Es war das nur eine consequente Folge des Grundsatzes, daß ja sogar die schon abgeschlossene Ehe beliebig einseitig von den Ehegatten wieder aufgekündigt werden durfte. Indessen zieht sich, wer, vor der Auflösung der früheren, neue Verlöbnisse abschließt, wegen der bina sponsalia nach den Bestimmungen des prätorischen Edictes, dadurch ipso jure eine infamia zu. Auch trifft, wenn die Verlobten, als solche, sich Geschenke gemacht haben, (arrha sponsalitia, ante nuptias donatio,) denjenigen von ihnen, welcher, ohne genügende, von den Gesetzen ausdrücklich gebilligte Gründe, die Auflösung der Sponsalien veranlaßt, oder verschuldet, der Nachtheil, daß er seine eigenen Geschenke nicht wieder zurückverlangen kann, während er, als Beschenkter, das Empfangene doppelt restituiren muß.

Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum. Florentinus in fr. 1. D. XXIII, 1. de sponsalibus.

Alii desponsatae renuntiare conditioni et nubere alii non prohibentur. Dioclet. et Maxim. in c. 1. C. V, 1. de sponsalibus.

Infamia notatur — qui bina sponsalia in eodem tempore constituta habuerit. fr. 1. D. III, 2. de his, qui notantur infamia.

Jubemus: ut, vel — in potestate patris degentes, vel ullo modo proprii juris constituti, tanquam futuri causa matrimonii aliquid sibi ipsi, vel consensu parentum mutuo largiantur, si quidem sponsus, vel parentes ejus sortiri filium noluerint uxorem, id quod ab eo donatum fuerit, nec repetatur traditum, et si quid apud donatorem resedit, ad sponsam et heredes ejus summotis ambagibus transferatur. Quod si sponsa, vel is, in cujus agit potestate, causam non contrahendi matrimonii praebuerit, tunc sponso ejusque heredibus, sine aliqua diminutione, per condictionem, aut per utilem actionem in rem, redhibeantur. Quae similiter observari oportet, et si ex parte sponsae in sponsum donatio facta sit. Constantin. in c. 15. D. V, 3. de donat. ante nuptias.

§. 164.

Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen.

Dig. lib. XXIV. tit. 1. de donationibus inter virum et uxorem. — Cod. lib. V. tit. 16. de donationibus inter virum et uxorem et a parentibus in liberos factis et de ratihabitione. — Dig. lib. XXV. tit. 2. rerum amotarum. — Cod. lib. V. tit. 21. rerum amotarum.

Das consortium totius vitae, welches, nach römischer Ansicht, jede Ehe begründen soll, bezieht sich zwar zunächst, als eine mehr rein sittliche Gemeinschaft der Personen, blos auf das ungetrennte Zusammenleben der Ehegatten mit einander, so wie darauf, daß die Frau den Stand und das domicilium des Mannes theilt. Denn die Idee einer gänzlichen, oder auch nur theilweisen ehelichen Gütergemeinschaft, als unmittelbare Folge der Ehe, ist sowohl dem älteren, als dem neueren römischen Rechte völlig fremd. Aber dennoch bringt es unvermeidlich schon der ganze sittliche sowohl, als rechtliche Zweck der Ehe, namentlich die Verwirklichung jenes vitae consortium, mit sich, daß die Ehe auch auf das Vermögensverhältniß der Ehegatten, wenigstens indirect, manchen wichtigen Einfluß äußern muß.

Natürlich hing die genauere Gestaltung dieses ganzen Verhältnisses der Ehegatten, in der älteren Zeit, zunächst davon ab, ob die Frau in die manus des Mannes übergegangen war, oder nicht. Denn im ersteren Falle kam die Frau, obgleich sie vorzugsweise den Ehrennamen materfamilias führte, zu ihrem

Manne in das Verhältniß einer filiafamilias, war filiae-familias loco. War der Mann selbst noch, für seine Person, filiusfamilias, so wurde die Ehefrau filiafamilias desjenigen, der den ersteren in der patria potestas hatte. Jedenfalls trat sie aus ihrer bisherigen eigenen Familie heraus und dafür in die Familie ihres Mannes über. Daran knüpfte sich eine strenge, der patria potestas analoge, persönliche Abhängigkeit vom Manne, dessen häuslicher Gerichtsbarkeit die Ehefrau unterworfen war. Doch mußte, wie es scheint, wenn auch nicht gerade gesetzlich vorgeschrieben, doch, nach der Sitte und einem allgemeinen Gebrauche, in wichtigeren Fällen eine Art von Familienrath, ein judicium propinquorum vom Manne dazu berufen werden. Die Ehefrau wurde ferner, als filiafamilias, unfähig, eigenes Vermögen selbstständig für sich zu haben. Aus diesem Grunde fiel nicht blos dasjenige Vermögen, was sie, unmittelbar vor der conventio, als eigenes gehabt hatte, mittelst einer per universitatem successio, dem Manne zu, sondern auch alles, was ihr späterhin sonst noch erworben worden sein würde. Dafür erhielt sie aber auch, in ihrer Eigenschaft als filiafamilias und sua, ein gesetzliches, sehr starkes Erbrecht in der Familie ihres Mannes, was um so billiger und nothwendiger war, weil sie ja, durch ihren Uebertritt in die manus mariti, in ihrer bisherigen Familie alle Agnations- und Erbrechte aufgegeben hatte.

War dagegen die Ehe ohne conventio in manum, so blieb die Ehefrau ganz in ihren bisherigen Familienverhältnissen, behielt demgemäß, dem Manne gegenüber, ihre persönliche Selbstständigkeit. Sie kam zu ihm nur in den Zustand derjenigen allgemeinen Unterordnung, welchen ihr das römische Recht, als dem sittlichen Zwecke der Ehe schon nach dem jus gentium entsprechend, anweist, ohne es jedoch für zweckmäßig und nöthig zu erachten, die Grenzen derselben streng und scharf zu bestimmen. Diese Unterordnung fand auch dann Statt, wenn die Frau etwa, als filiafamilias, in der patria potestas ihres Vaters, oder Großvaters stand. Denn, obgleich diese letztere an sich durch die Verheirathung der Frau nicht aufgehoben wurde, so fielen doch ihre strengen Wirkungen, soweit sie mit dem besonderen Rechte des Ehemannes, als solchen, in Collision kamen, hinweg. Das zeigt sich namentlich darin, daß der Mann selbst gegen den parens

der Frau auf ihre Herausgabe, mit der actio de uxore exhibenda et ducenda, klagen kann. War die Frau sui juris und also eigenen Vermögens fähig, so behielt sie auch in der Ehe ihr Vermögen für sich, getrennt von dem des Mannes, sowohl dasjenige, was sie bei ihrer Verheirathung gehabt, als dasjenige, was sie späterhin, als Ehefrau, neu erwarb. Doch brachte die Ehe, theils immer und nothwendig, theils wenigstens oft und in Gemäßheit besonderer Verabredungen, wie sie eben nur in der Ehe und unter Ehegatten möglich waren, gewisse eigenthümliche Vermögensverhältnisse für die Ehegatten mit sich.

Denn erstens muß der Mann, so wie überhaupt die Kosten des gemeinschaftlichen Haushaltes tragen, eben so auch seine Frau alimentiren. Wie jedoch dazu die von der Frau eingebrachte dos einen Beitrag liefert, wird der folgende § zeigen.

Wir finden zweitens schon früh, anfangs nur auf Gewohnheitsrecht gestützt, späterhin aber durch gesetzliche Vorschriften genauer bestimmt, das unbedingte, strenge Verbot der donationes inter virum et uxorem. Ein Verbot, dessen es bei der Ehe mit conventio gar nicht einmal bedurft hatte, weil da schon das Verhältniß der manus alle solche Schenkungen juristisch unmöglich machte. Dagegen war das Verbot sehr wichtig für das Verhältniß der Ehegatten, wo keine conventio Statt fand, und dort hervorgegangen aus dem psychologisch sehr wohl berechneten Streben der Gesetzgebung, allem demjenigen, was auf den sittlichen Geist der Ehe nachtheilig wirken und groben Egoismus unter den Ehegatten befördern könnte, schon im Keime entgegenzuarbeiten. Indessen trifft das Verbot nur donationes inter vivos. Späterhin ist auch dieses, besonders durch ein Senatusconsultum unter Caracalla, mehrfach gemildert und modificirt worden. Aber dennoch hat es sich im Ganzen bis zu dem neuesten Justinianischen Rechte in Kraft erhalten.

Aus einer ähnlichen Rücksicht auf ein gewisses, zartes und schonendes gegenseitiges Benehmen, das die sittliche Natur der Ehe den Ehegatten vorschreibt, erklärt sich drittens das Verbot der eigentlichen Diebesklagen aus dem furtum, wenn ein Ehegatte den anderen bestehlen sollte. Doch war durch andere, weniger compromittirende Klagen dafür gesorgt, daß der diebische Ehegatte das Entwendete dem Bestohlenen zurückgeben mußte. Auch

war für den Fall des Stehlens, mit Rücksicht auf eine bevorstehende Scheidung, eine besondere Art von Delictsklage, actio rerum amotarum, mit eigenthümlichen Wirkungen, gegen den geschiedenen diebischen Ehegatten, eingeführt.

Wie viertens die Ehe unter Umständen gewisse Erbansprüche der Eheleute unter einander begründet, wird sich im Erbrechte zeigen.

Endlich können fünftens, in Folge besonderer Verabredungen und Bestimmungen, gewisse höchst eigenthümliche Vermögensarten der Ehegatten, welche sich unmittelbar auf den Zweck der Ehe beziehen, begründet werden. Diese werden also zwar nicht nothwendig durch die Ehe herbeigeführt, aber doch erst durch dieselbe und nur in ihr möglich gemacht. Das ist die dos und die propter nuptias donatio.

Si quam in manum ut uxorem receperimus, ejus res ad nos transeunt. Gai. Comm. II. §. 98.

Mulieres honore maritorum erigimus et genere nobilitamus et forum ex eorum persona statuimus, et domicilia mutamus. Sin autem minoris ordinis virum postea sortitae fuerint, priore dignitate privatae, posterioris mariti sequentur conditionem. Valent. Theodos. et Arcad. in c. 13. C. XII, 1. de dignitatibus.

Si quis filiam suam, quae mihi nupta sit, velit abducere, vel exhiberi sibi desideret, an adversus interdictum exceptio danda sit, si forte pater concordans matrimonium, forte et liberis subnixum velit dissolvere? Et certo jure utimur, ne bene concordantia matrimonia jure patriae potestatis turbentur. Quod tamen sic erit adhibendum, ut patri persuadeatur, ne acerbe patriam potestatem exerceat.

Immo magis de uxore exhibenda et ducenda pater etiam, qui filiam in potestate habet, a marito recte convenitur. Hermogenianus in fr. 1. §. 5. fr. 2. D. XLIII, 30. de liberis exhibendis.

Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. Hoc autem receptum est, ne mutuato amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate. Ulpian. in fr. 1. D. XXIV. 1. de donat. inter virum et uxorem.

Haec ratio ex Oratione imperatoris nostri Antonini electa est. Nam ita ait: Majores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt, amorem honestum solis animis aestimantes, famae etiam conjunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari videretur, neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret. Idem in fr. 3. pr. D. eod.

Inter virum et uxorem mortis causa donationes exceptae

sunt, quia in hoc tempus excurrit donationis eventus, quo vir et uxor esse desinunt. Idem in fr. 9. §. 2. et fr. 10. D. eod.

Ait Oratio (Antonini): fas esse, eum quidem, qui donavit, poenitere, heredem vero eripere, forsitan adversus voluntatem supremam ejus, qui donaverit, durum et avarum esse. Idem in fr. 32. §. 2. D. eod.

Rerum amotarum judicium singulare introductum est adversus eam, quae uxor fuit, quia non placuit, cum ea furti agere posse, quibusdam existimantibus, ne quidem furtum eam facere, ut Nerva, Cassio, quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret, aliis, ut Sabino et Proculo, furtum quidem eam facere, sicut filia patri faciat, sed furti non esse actionem constituto jure; in qua sententia et Julianus rectissime est. Paul. in fr. 1. D. XXV, 2. de actione rerum amotarum.

§. 165.

Die dos insbesondere.

Dig. lib. XXIII. tit. 8. de jure dotium. tit. 5. de fundo dotali. — Dig. lib. XXIV. tit. 3. soluto matrimonio dos quemadmodum petatur. — Cod. lib. V. tit. 12. de jure dotium. tit. 13. de rei uxoriae actione in ex stipulatu actionem transfusa et de natura dotibus praestita. tit. 18. soluto matrimonio dos quemadmodum petatur. tit. 23. de fundo dotali.

Dos, res uxoria, Brautschatz, ist dasjenige Vermögen, das von der Frau, oder zwar von irgend einem Anderen, jedoch immer mit Rücksicht auf die Frau und Namens derselben, dem Manne in die Ehe, zum Zwecke derselben gegeben, oder zugesichert wird, ad matrimonii onera ferenda. Der Umstand, daß hiernach auch ein Dritter für die Frau eine dos bestellen kann, machte es möglich, daß selbst bei der Ehe, wobei die Frau in die manus des Mannes übergegangen und deßhalb eine Bestellung von Seiten der Frau selbst undenkbar war, eine dos vorkommen konnte.

Jede solche dos setzt zu ihrem Bestande immer wesentlich matrimonii onera, also eine rechtsgültige Ehe voraus, existirt deßhalb, als dos, immer erst von dem Abschlusse der Ehe an und besteht nur so lange, als die Ehe besteht. Sie genießt, wegen ihrer die Zwecke der Ehe wohlthätig fördernden Tendenz, schon im Allgemeinen mancherlei gesetzliche Begünstigungen. Aber dennoch ist ihre Bestellung kein nothwendiges Erforderniß einer gültigen Ehe, sondern hängt mehr von besonderen Verabredungen und anderen Zufälligkeiten ab. Doch giebt es gewisse

Personen, die schon gesetzlich verbunden sind, soweit ihr Vermögen dazu hinreicht, eine verhältnißmäßige dos zu bestellen. Das ist regelmäßig, zum Theil schon seit der lex Papia Poppaea, noch allgemeiner seit einigen kaiserlichen Constitutionen, der eheliche Vater, oder Großvater der heirathenden Tochter, oder Enkelin, er mag sie nun in der patria potestas haben, oder nicht. Es ist dieses eine natürliche Folge des Umstandes, daß der parens, durch die Verheirathung der Tochter, oder Enkelin, die Verbindlichkeit zu ihrer Alimentirung von sich auf den Ehemann überträgt. Dazu muß er dem Manne, in Form der dos, einen Beitrag geben. Die Mutter, als solche, ist in der Regel nicht zur Bestellung einer dos für die Tochter verbunden, wohl aber, seit Diocletian und Maximian, wenn nicht schon früher, in einigen seltenen Ausnahmsfällen. Obgleich nun die allgemeine Natur der dos dieselbe bleibt, ohne Rücksicht darauf, wer sie dem Manne für die Frau bestellt, ob die Frau selbst, ob ihr Vater, oder sonst irgend ein Dritter, so ist doch, in anderer Beziehung, wichtig die Eintheilung in die profecticia und adventicia dos, von welcher letzteren die recepticia dos nur eine Unterart bildet. Einerlei ist zwar für jenen allgemeinen Begriff der dos, ob sie schon vor, oder bei, oder erst nach dem Abschlusse der Ehe bestellt wird. Ferner, ob die constitutio dotis durch Rechtsgeschäfte inter vivos bewerkstelligt wird, oder mortis causa durch testamentarische Verfügung. Zu der ersteren Art gehört die datio dotis, die sofortige Hingabe der zur dos bestimmten Sachen in das Eigenthum, oder wenigstens in das Vermögen des Mannes, ferner die promissio dotis, die Bestellung durch Stipulation, endlich die dictio (pollicitatio) dotis. Vergl. ob. §. 131 Gleichgültig ist es außerdem, wie groß die dos ist, und aus welchen Vermögensstücken sie besteht. Nur freilich können alle diese Umstände sonst, in anderer Beziehung, wichtig werden, theils für die speciellere Beurtheilung des Rechtsverhältnisses daraus, während der Ehe, theils und besonders für die Frage, in welcher Art dereinst, nach aufgelöster Ehe, die dos von dem Manne, oder seinen Erben und an wen sie zu restituiren ist.

Es liegt nämlich, nach der römischen Ansicht, schon in dem Wesen der dos, daß sie, trotz ihres unmittelbaren, oder mittelbaren Ursprunges von Seiten der Frau, so wie trotz ihrer, auch

das Interesse der Frau gleichmäßig berührenden Bestimmung, doch für die Dauer der Ehe in das Eigenthum, oder, wo dieses nach der Art der Dotalsachen nicht möglich ist, wenigstens in das Vermögen des Mannes übergeht. In bonis mariti est, quamvis mulieris sit, res uxoria. Daher übt auch der Ehemann, als solcher, alle Eigenthumsrechte daran aus, und zwar ohne Concurrenz der Frau. Letztere ist, auch wenn die dos zunächst von ihr selbst ausgegangen ist, vor Auflösung der Ehe nicht befugt, die Restitution, oder auch nur die Verwaltung der dos zu verlangen, ausgenommen, wenn der Mann in Vermögensverfall geräth. Ja, es darf nicht einmal der Mann, wenige besondere Ausnahmsfälle abgerechnet, seiner Frau vor jener Zeit der Eheauflösung freiwillig die dos zurückgeben. Denn es würde das als eine verbotene Schenkung unter Ehegatten erscheinen. Dagegen ist das Verwaltungsrecht des Mannes allerdings, in anderer Beziehung, bedeutend beschränkt, theils mittelbar durch die Zweckbestimmung der dos, ad matrimonii onera ferenda, theils unmittelbar durch das von der lex Julia de adulteriis eingeführte Verbot, den fundus dotalis italicus ohne Zustimmung der Frau zu veräußern. Verpfänden darf er ihn nicht einmal mit Bewilligung der Frau. Justinian hat dieses Veräußerungsverbot in mehrfacher Beziehung noch weiter, namentlich auf alle Dotalgrundstücke, sie mögen liegen, wo sie wollen, ausgedehnt. Auch soll, nach ihm, eine jede solche vom Ehemanne vorgenommene Veräußerung des fundus dotalis, nicht blos die Verpfändung desselben, unbedingt ungültig sein, selbst wenn die Frau im einzelnen Falle ihre Zustimmung dazu ertheilt haben sollte.

So wie nun die dos, während der Ehe, immer zum Vermögen des Mannes gehört, eben so sehr liegt es in dem Begriffe und Zwecke der dos, die gemeinschaftlichen Ehelasten zu erleichtern, daß die Rechte des Mannes daran regelmäßig mit der Ehe selbst aufhören. Zwar fällt sie nicht schon von selbst, mit dem Momente der Auflösung der Ehe, in das Eigenthum der Frau, oder des sonstigen Bestellers zurück; allein der Mann, oder seine Erben sind doch dann obligirt, die dos, welche nunmehr ihren Zweck erfüllt hat, zu restituiren. Diese Restitution geschieht regelmäßig an die Frau, oder ihre Erben, aus-

nahmsweise aber, bei der profecticia dos, an den Vater der Frau, von welchem sie herrührt, oder bei der recepticia dos, an den Dritten, welcher sich, bei der Bestellung der dos, ihren Rückfall an ihn, die receptio dotis, ausdrücklich bedungen hat. Ob übrigens der Mann dieselben empfangenen Dotalstücke, oder deren Werth zu restituiren hat, hängt theils von der Art der Sachen, und, wenn sie nicht mehr vorhanden sind, von dem Grunde ihres Unterganges, theils von der speciellen, früher, bei der Bestellung der dos, darüber getroffenen Verabredung ab. Zur Sicherung ihres Anspruches auf dereinstige Restitution des Brautschatzes an sie, ist der Frau nicht blos das gesammte Vermögen des Mannes, mit Einschluß der Dotalsachen selbst, als Theiles jenes Vermögens, schon während der Ehe stillschweigend und von selbst verpfändet, sondern es ist auch sogar diese gesetzliche Hypothek im neuesten römischen Rechte so stark privilegirt, daß die Frau damit fast allen übrigen, selbst den privilegirten Pfandgläubigern des Mannes vorgeht.

Die Klage, mit welcher soluto matrimonio die dos zurückgefordert wurde, war vor Justinian regelmäßig die rei uxoriae actio, ausnahmsweise, bei stipulationsmäßig ausbedungener Restitution, die ex stipulatu actio, erstere bonae fidei, letztere stricti juris, beide auch sonst noch in manchen Punkten von einander verschieden. Allein Justinian hat, wenigstens zu Gunsten der Frau und des Vaters derselben, beide Klagen in der Art mit einander verschmolzen, daß immer die ex stipulatu actio eintreten soll, auch da, wo in der That keine, auf Restitution besonders gerichtete Stipulation Statt gefunden hat, indem nöthigenfalls eine solche fingirt wird. Es soll ferner diese neugeschaffene actio ex stipulatu mit allen Vorzügen der ehemaligen rei uxoriae actio ausgestattet und eben deßhalb auch, gegen die sonstige Natur der Stipulationsklage, bonae fidei sein. Die Klage des dritten Bestellers auf Restitution der recepticia dos ist dagegen ganz die bisherige actio ex stipulatu geblieben.

Dotis appellatio non refertur ad ea matrimonia, quae consistere non possunt. Neque enim dos sine matrimonio esse potest. Ubicunque igitur matrimonii nomen non est, nec dos est. Ulpian. in fr. 3. D. XXIII, 3. de jure dot.

Ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt. Paul. in fr. 56. §. 1. D. eod.

Reipublicae interest, mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt. Paul. in fr. 2. D. eod.

Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur. Dotem dicere potest mulier, quae nuptura est, et debitor mulieris, si jussu ejus dicat, institutus, parens mulieris virilis sexus, per virilem sexum cognatione junctus, velut pater, avus paternus. Dare, promittere dotem omnes possunt.

Dos aut profecticia dicitur, id est, quam pater mulieris dedit, aut adventicia, id est ea, quae a quovis alio data est. Ulpian. Fragm. tit. VI. §. 1—3.

Si pater pro filia emancipata dotem dederit, profecticiam nihilominus dotem esse, nemini dubium est, quia non jus potestatis, sed parentis nomen dotem profecticiam facit; sed ita demum, si ut parens dederit. Ceterum si, cum deberet filiae, voluntate ejus dedit, adventicia est. Ulpian. in fr. 5. §. 11. D. XXIII, 3. de jure dot.

Neque enim leges incognitae sunt, quibus cautum est, omnino paternum esse officium, dotem, vel ante nuptias donationem pro sua dare progenie. Justinianus in c. 7. C. V, 11. de dot. promiss.

Neque mater pro filia dotem dare cogitur, nisi ex magna et probabili causa, vel lege specialiter expressa, neque pater de bonis uxoris suae invitae ullam dandi habet facultatem. Diocl et. et Maxim. in c. 14. C. V, 12. de jure dot.

Si res in dotem dentur, puto, in bonis mariti fieri. Paul. in fr. 7. §. 3. D. XXIII, 3. de jure dot.

Accidit aliquando, ut qui dominus sit, alienare non possit, et contra, qui dominus non sit, alienandae rei potestatem habeat. Nam dotale praedium maritus, invita muliere, per legem Juliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit, dotis causa ei datum. Quod nos, legem Juliam corrigentes, in meliorem statum deduximus. Cum enim lex in solis tantummodo rebus locum habebat, quae italicae fuerant, et alienationes inhibebat, quae invita muliere fiebant, hypothecas autem earum rerum, etiam volente ea; utrique remedium imposuimus, ut etiam in eas res, quae in provinciali solo positae sunt, interdicta sit alienatio vel obligatio, et neutrum eorum neque consentientibus mulieribus procedat, ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiae earum convertatur. Pr. Inst. II, 8. quibus alienare licet, vel non.

Soluto matrimonio solvi mulieri dos debet. Ulpian. in fr. 2. D. XXIV, 3. soluto matrim.

Jure succursum est patri, ut, filia amissa, solatii loco cederet, redderetur ei dos ab ipso profecta, ne et filiae amissae,

et pecuniae damnum sentiret. Alexand. in c. 4. C. V, 18. soluto matrim.

Quoties res aestimatae in dotem dantur, maritus dominium consecutus summae, velut pretii debitor efficietur. Si itaque non convenit, ut soluto matrimonio restituerentur, et jure aestimatae sunt, retinebit eas, si pecuniam tibi offerat. Idem in c. 5. C. V, 12. de jure dot.

Res in dotem datae, quae pondere, numero, mensura constant, mariti periculo sunt, quia in hoc dantur, ut eas maritus ad arbitrium suum distrahat et quandoque, soluto matrimonio, ejusdem generis et qualitatis alias restituat, vel ipse, vel heres ejus. Gai. in fr. 42. D. XXIII, 3. de jure dot.

In rebus dotalibus virum praestare oportet tam dolum, quam culpam, quia causa sua dotem accipit, sed etiam diligentiam praestabit, quam in suis rebus exhibet. Paul. in fr. 17. pr. D. eod.

Fuerat ante et rei uxoriae actio una ex bonae fidei judiciis. Sed, cum pleniorem ex stipulatu actionem invenientes, omne jus, quod res uxoria ante habebat, cum multis divisionibus, in ex stipulatu actionem, quae de dotibus exigendis proponitur, transtulimus, merito rei uxoriae actione sublata, ex stipulatu, quae pro ea introducta est, naturam bonae fidei judicii tantum in exactione dotis meruit, ut bonae fidei sit. Sed et tacitam ei dedimus hypothecam; praeferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cum ipsa mulier de dote sua experiatur, cujus solius providentia hoc induximus. §. 29. Inst. IV, 6. de action.

§. 166.

Die propter nuptias donatio.

Cod. lib. V. tit. 3. de donatione ante nuptias, vel propter nuptias.

Vor dem Abschlusse der Ehe durfte nicht blos der Bräutigam seiner verlobten Braut, weil sie ja noch nicht seine Ehefrau war, noch etwas schenken, sondern es war das sogar bei dem Abschlusse der Verlöbnisse eine Art hergebrachte Sitte. Das hieß dann arrha sponsalicia, donatio ante nuptias. Kam nun hinterdrein die verabredete Ehe wirklich zu Stande, so behielt die nunmehrige Ehefrau das ihr vor der Heirath Geschenkte in ihrem Vermögen.

Auf eine etwas sonderbare Weise knüpften nun Kaiser Justin, und noch vollständiger Kaiser Justinian an diese, von ihnen bereits vorgefundene ante nuptias donatio ein ganz

anderes, in dieſer Art erſt von ihnen ganz neu geſchaffenes Rechtsinſtitut an, unter dem Namen propter nuptias donatio. Danach kann nämlich, ja in gewiſſen Fällen muß ſogar, wenn eine dos beſtellt worden iſt, der Frau, als Gegengewicht für ihre dos, als antipherna, Gegendos, von Seiten des Mannes, oder desjenigen, der ihn in der potestas hat, ebenfalls ein Vermögen, und zwar, wo möglich, dem Betrage nach, ein gleich großes, wie die dos, ausgeſetzt werden. Dieſes Vermögen hat nun einen ähnlichen Zweck, wie die dos, nämlich den, die Frau und die Kinder gegen Mangel zu ſichern, wenn der Ehemann etwa in Vermögensverfall geräth. Es verbindet aber damit noch den anderen wichtigen Zweck, der Frau, für den Fall einer von dem Ehemanne verſchuldeten Scheidung, ein Vermögen zu ſichern, was ihr, nach geſchiedener Ehe, noch neben der dos, zufallen ſoll. Inſofern bildet die propter nuptias donatio, während der Ehe, ein von dem Manne herrührendes Vermögen der Frau, ſo wie die dos ein von der Frau herrührendes Vermögen des Mannes; jedoch mit dem wichtigen Unterſchiede, daß die propter nuptias donatio nicht in die Hände der Frau kommt, ſondern in die des Mannes und von dieſem während der Ehe verwaltet wird. In gewiſſen Fällen muß ſie übrigens der Frau vom Manne ausgehändigt werden; namentlich ſchon während der Ehe, wenn der Mann in Vermögensverfall, oder gar förmlich in Concurs geräth; ferner nach der durch Scheidung aufgelöſten Ehe, wenn der Mann dieſe Scheidung durch ſein Betragen verſchuldet hat. Mit allen dieſen geſetzlichen Beſtimmungen des neueſten römiſchen Rechtes hängt denn auch endlich zuſammen der Name. Denn, da die Beſtellung jener antipherna, wie die der dos ſelbſt, keine wahre donatio bildet und eben darum nicht blos vor, ſondern auch bei und nach Schließung der Ehe geſchehen kann und ſoll, ſo ſubſtituirte Juſtinian für den jetzt nicht mehr paſſenden Namen ante nuptias donatio, den neugeſchaffenen propter nuptias donatio.

Si a sponso rebus sponsae donatis, interveniente osculo, ante nuptias hunc vel illam mori contigerit, dimidiam partem rerum donatarum ad superstitem pertinere, praecipimus, dimidiam ad defuncti, vel defunctae heredes, cujuslibet gradus sint et quocunque jure successerint, ut donatio stare pro parte dimidia, et resolvi pro parte dimidia videatur. Osculo vero non interveniente, sive sponsus, sive sponsa obierit, totam infirmari dona-

tionem et donatori sponso, vel heredibus ejus restitui. Quodsi sponsa, interveniente osculo, donationis titulo, quod raro accidit, fuerit aliquid sponso largita, et ante nuptias hunc vel illam mori contigerit, omni donatione infirmata, ad donatricem sponsam, sive ejus successores donatarum rerum dominium transferatur. Constantin. in c. 16. C. V, 3. de donationibus ante nuptias.

Est et aliud genus inter vivos donationum, quod veteribus quidem prudentibus penitus erat incognitum, postea autem a junioribus divis principibus introductum est, quod ante nuptias vocabatur et tacitam in se conditionem habebat, ut tunc ratum esset, cum matrimonium fuerit insecutum; ideoque ante nuptias appellabatur, quod ante matrimonium efficiebatur et nusquam post nuptias celebratas talis donatio procedebat. Sed primus quidem divus Justinus, pater noster, cum augeri dotes et post nuptias fuerit permissum, si quid tale evenerit, etiam ante nuptias donationes augeri et constante matrimonio, sua constitutione permisit. Sed tamen nomen inconveniens remanebat, cum ante nuptias quidem vocabatur, post nuptias autem tale accipiebat incrementum. Sed nos plenissimo fini tradere sanctiones cupientes, et consequentia nomina rebus esse studentes, constituimus, ut tales donationes non augeantur tantum, sed et constante matrimonio initium accipiant, et non ante nuptias, sed propter nuptias vocentur, et dotibus in hoc exaequentur, ut, quemadmodum dotes et constante matrimonio non solum augentur, sed etiam fiunt, ita et donationes, quae propter nuptias introductae sunt, non solum antecedant matrimonium, sed etiam eo contracto et augeantur et constituantur. §. 3. Inst. II, 7. de donationibus.

§. 167.

Eheverträge.

Dig. lib. XXIII. tit. 4. de pactis dotalibus. — Cod. lib. V. tit. 14. de pactis conventis tam super dote, quam super donatione ante nuptias et paraphernis.

Den Ehegatten steht es frei, schon vor, oder bei, oder auch erst nach dem Abschlusse der Ehe, besondere Verabredungen über das Eheverhältniß, vorzüglich über das Vermögensverhältniß, wie sich dasselbe unter ihnen, während der Ehe, oder bei ihrer Auflösung, gestalten soll, zu treffen, pacta nuptialia. Sie werden auch oft pacta dotalia genannt, weil sie sich vorzugsweise auf die dos zu beziehen pflegen, so wie auf die, der Frau dafür auszusetzende propter nuptias donatio. Allein sie können auch Bestimmungen anderer Art enthalten, namentlich, über die bona paraphernalia s. recepticia der

Frau, d. h. über dasjenige Vermögen, welches sie noch außer ihrer dos hat. Letztere gehen nun zwar an sich den Mann als solchen nichts an, gehören vielmehr ausschließlich der Frau, und stehen überhaupt in keiner näheren Beziehung zur Ehe. Allein die Verwaltung derselben kann nichts desto weniger von der Frau, wenn sie will, ihrem Manne, unter mancherlei Modificationen, anvertraut werden.

Jedenfalls müssen dergleichen Eheverträge, ihrem Inhalte nach, so beschaffen sein, daß sie nichts den guten Sitten und dem Wesen der Ehe Widersprechendes anordnen.

Hac lege decernimus, ut vir in his rebus, quas extra dotem mulier habet, quas Graeci parapherna dicunt, nullam, uxore prohibente, habeat communionem, nec aliquam ei necessitatem imponat. Quamvis enim bonum erit, mulierem, quae se ipsam marito committit, res etiam ejusdem pati arbitrio gubernari; attamen, quoniam conditores legum aequitatis convenit esse fautores, nullo modo, ut dictum est, muliere prohibente, virum in paraphernis se volumus immiscere. Theodos. et Valentin. in c. 8. C. V, 14. de pactis conventis tam super dote cet.

Illud conveniri non potest, ne de moribus agatur, vel plus, vel minus exigatur, ne publica coërcitio privata pactione tollatur. Ac ne illa quidem pacta servanda sunt, ne ob res donatas, vel amotas ageretur, quia altero pacto ad furandum mulieras invitantur, altero jus civile impugnatur. Paulus in fr. 5. D. XXIII, 4. de pactis dotalibus.

§. 168.

Die Auflösung der Ehe und die Scheidung insbesondere.

Dig. lib. XXIV. tit. 2. de divortiis et repudiis. — Cod. lib. V. tit. 17. de repudiis et judicio de moribus sublato.

Die Auflösung einer bisher bestandenen Ehe geschieht oft freilich schon ipso jure, von selbst, ganz unabhängig von einer besonderen Willenserklärung der Ehegatten; nämlich theils durch den Tod eines derselben, theils dadurch, daß das anfangs vorhandene connubium späterhin wieder gänzlich hinwegfällt.

Aber auch schon bei Lebzeiten der Ehegatten, und bei noch fortbestehendem connubium, kann die Ehe mittelst Scheidung, divortium, repudium, d. h. durch gegenseitige, oder ein-

seitige Aufkündigung der bisherigen Ehegatten selbst, wieder aufgehoben werden.

Von jeher war eine solche Scheidung nach dem römischen Rechte nicht blos möglich, sondern auch sogar den Ehegatten vollkommen freigegeben und überlassen. Denn, nach demselben Principe, wonach die Abschließung der Ehe lediglich von dem Dasein der conjugalis affectio abhing, war auch die Fortdauer der Ehe von der Fortdauer jener affectio abhängig. Daher stand das Recht, sich zu scheiden, gleichmäßig beiden Ehegatten zu, sie mogten nun beide sich gütlich darüber vereinigen, oder es mogte Einer einseitig dem Anderen die Ehe aufkündigen. Inwiefern bei der Ehe, wodurch die Frau in manum mariti übergegangen, der Mann ein stärkeres Recht auf Scheidung hatte, als die Ehefrau, ist geschichtlich nicht ganz klar. Nur so viel ist gewiß, daß auch hier, unter gewissen Umständen, die Frau einseitig eine Scheidung durchsetzen konnte. Einer besonderen Form bedurfte es an sich, zur wirksamen Herbeiführung der Scheidung, gar nicht. Erst späterhin, wahrscheinlich durch die lex Julia de adulteriis, wurde vorgeschrieben, daß die Scheidung von demjenigen, der sie verlangte, dem anderen Ehegatten durch einen Freigelassenen des Ersteren, in Gegenwart von sieben männlichen, mündigen, römischen Bürgern, als Zeugen, angekündigt werden mußte. Späterhin, seit Diocletian, bestand die Form in Zusendung eines Scheidebriefes. Allein das war im Grunde eine bloße Privatform,[1]) welche mehr nur den Zweck hatte, das Factum der eingetretenen Scheidung, wegen so mancher, sich daran knüpfender juristischer Folgen, in Gewißheit zu stellen. Die Staatsobrigkeit, als solche, hatte bei der Scheidung eben so wenig zu concurriren, wie bei der Schließung der Ehe. Wohl aber bedurften Hauskinder, wenn sie sich wirksam scheiden wollten, dazu des Consenses ihres Parens, während das ursprüngliche, unbedingte Recht dieses Letzteren, ganz willkürlich, ohne sie zu fragen, seine Hauskinder wieder zu scheiden, späterhin weggefallen ist. Im Uebrigen war die Scheidung

[1]) Daß eine durch confarreatio abgeschlossene Ehe nur durch eine, der confarreatio entsprechende, entgegengesetzte religiöse Form, die diffarreatio, aufgelöst werden konnte, erklärt sich sehr natürlich aus den besonderen religiösen Zwecken der confarreirten Ehen.

keinen gesetzlichen Hemmungen unterworfen, sondern nur durch das eigene Sittlichkeitsgefühl der Interessenten selbst, so wie durch eine gewisse Scheu vor der öffentlichen Meinung, beschränkt.

Trotz dem wurde lange kein Mißbrauch mit der Scheidung getrieben. Erst, als zu Ende des Freistaates und im Anfange der Kaiserzeit allgemeine Sittenlosigkeit in Rom einriß, erst da wurde das Bedürfniß einer Erschwerung des Scheidens, auf dem Wege der Legislation, gefühlt. Doch griff auch da die Legislation nicht direct ein, durch das Verbot gewisser Scheidungen. Sie überließ vielmehr fortwährend die Scheidung lediglich dem eigenen, freien Willen der Ehegatten und begnügte sich mit Anordnung von gewissen Strafen, welche hinterdrein, im Gefolge eines anzuordnenden judicium morum, denjenigen treffen sollten, der die Scheidung durch sein schlechtes Betragen verschuldet. Auch waren das bloße, im Ganzen nicht sehr bedeutende Privatvermögensnachtheile, und zwar für die Frau härtere, als für den Mann. Die Frau verlor nämlich, wenn die Scheidung wegen ihres Ehebruches, morum graviorum nomine, erfolgte, ein Sechstel, bei nur geringerer Schuld der Frau, morum leviorum nomine, ein Achtel ihrer dos. Nur dann, wenn Kinder aus der Ehe vorhanden, verblieb dem Manne, zum Besten dieser Kinder, für jedes Kind ein Sechstel, jedoch niemals mehr als die Hälfte der dos. Retentiones ex dote. Retentiones propter liberos. Den Mann, wenn er die Ehescheidung verschuldet hatte, traf vollends nur der Nachtheil, daß er, nach aufgelöster Ehe, die empfangene dos entweder sofort, oder wenigstens vor dem vollen Ablaufe der ihm sonst gesetzlich gestatteten Termine, restituiren mußte, und insofern etwas von der ihm sonst gebührenden, einstweiligen Nutzung der dos verlor. Wenn ferner die liberta sich einseitig von ihrem Patrone schied, so durfte sie so lange nicht wieder heirathen, bis der Patron auch seinerseits in die Scheidung eingewilligt hatte. Da indeß diese erwähnten Maaßregeln des judicium morum sich in der Erfahrung nicht als ausreichend erwiesen, so hoben die späteren Kaiser, Constantin und Justinian, sie auf und substituirten dafür neue, weit strengere Strafen. Damit sind bedroht beide Ehegatten, welche, durch ihr schuldvolles Betragen, dem anderen gerechte Veranlassung zur Scheidung gegeben, oder ohne gesetz-

lich gebilligte Gründe sich einseitig geschieden haben. Die Strafen selbst waren, den Umständen nach, verschieden, immer bedeutende Vermögensnachtheile, und zwar mehr gleichmäßige für beide schuldige Ehegatten, nämlich regelmäßig für die schuldige Frau Verlust ihrer dos, für den schuldigen Mann Verlust der bestellten propter nuptias donatio, an den unschuldigen Theil, oder an die Kinder aus der Ehe; für Beide Verlust eines Viertels vom gesammten Vermögen, wenn etwa keine dos, oder propter nuptias donatio bestellt war. Noch härtere Vermögensstrafen trafen beide Ehegatten, wenn sie sich, ganz ohne gesetzlich dazu rechtfertigende Gründe, mittelst bloßer gegenseitiger, gütlicher Uebereinkunft, consensu, geschieden hatten. Oft aber erlitten die Schuldigen daneben auch noch schwere Criminalstrafen. Indessen jedenfalls blieb, dem endlichen Erfolge nach, der Grundsatz bestehen, daß es jedem Ehegatten frei stand, mit voller Wirksamkeit durch Scheidung die bisherige Ehe aufzulösen. Nur die gesetzlich daran geknüpften Nachtheile mußte er sich hinterdrein gefallen lassen.

Libera matrimonia esse, antiquitus placuit. Ideoque pacta, ne liceat divertere, non valere, constat. Alexand. in const. 2. Cod. VIII, 39. inutil. stipp.

Retentiones ex dote fiunt, aut propter liberos, aut propter mores. Propter liberos retentio fit, si culpa mulieris, aut patris, cujus in potestate est, divortium factum sit. Tunc enim, singulorum liberorum nomine, sextae retinentur ex dote, non plures tamen, quam tres sextae in retentione sunt, non in petitione. Morum nomine, graviorum quidem, sexta retinetur, leviorum autem, octava. Graviores mores sunt adulteria tantum, leviores omnes reliqui. Mariti mores puniuntur in ea quidem dote, quae annua, bima, trima die reddi debet, ita: propter majores mores praesentem dotem reddit, propter minores senum mensum die. In ea autem, quae praesens reddi solet, tantum ex fructibus jubetur reddere, quantum in illa dote, quae triennio redditur, repraesentatio facit. Ulpiani Fragm. tit. VI. §. 9. 10. 12 et 13.

Nullum divortium ratum est, nisi septem civibus romanis puberibus adhibitis, praeter libertum ejus, qui divortium faciet. Paul. in fr. 9. D. XXIV, 2. de divortiis.

In repudiis autem, id est renunciatione, comprobata sunt haec verba: tuas res tibi habeto; item haec: tuas res tibi agito. Gaius in fr. 2. §. 1. D. eod.

Si quis filiam suam, quae mihi nupta sit, velit abducere, vel exhiberi sibi desideret, an adversus interdictum exceptio danda

sit, si forte pater concordans matrimonium, forte et liberis subnixum velit dissolvere? Et certo jure utimur, ne bene concordantia matrimonia jure patriae potestatis turbentur. Ulpian. in fr. 1. §. 5. D. XLIII, 30. de liber. exhib.

§. 169.

Die zweite und fernere Ehe.

Cod. lib. V. tit. 9. de secundis nuptiis. tit. 10. si secundo nupserit mulier.

Das römische Recht gestattete zwar, trotz der streng monogamischen Natur der Ehe, von jeher, nach aufgelöster bisheriger, eine zweite, oder fernere Ehe. Allein es galt doch immer, wenigstens für die Frau und Wittwe, für anständiger, nicht wieder zu heirathen. Jedenfalls mußte die Frau, nach aufgelöster Ehe, zur Verhütung einer, in ihren Folgen für die Sicherheit der Familienverhältnisse höchst gefährlichen, turbatio sanguinis, noch ein Jahr, das s. g. Trauerjahr, abwarten, bevor sie zu einer neuen Ehe schritt. Sonst setzte sie sich der infamia und sehr bedeutenden Vermögensnachtheilen aus. Sind vollends Kinder aus der vorigen Ehe da, so wurde überhaupt, schon aus Rücksicht für diese, die zweite Ehe, auch die des Vaters, nicht begünstigt.

Daraus erklären sich die allmählig aufgekommenen s. g. poenae secundarum nuptiarum, wie man heut zu Tage diejenigen Vermögensnachtheile nennt, welche, nach gesetzlicher Vorschrift, meist zum Vortheile der Kinder erster Ehe, denjenigen treffen, der zur zweiten Ehe schreitet, den Umständen nach, bald den Mann, wie die Frau, bald nur die letztere.

Etsi talis sit maritus, quem more majorum lugeri non oportet, non posse eam nuptum intra legitimum tempus collocari. Praetor enim ad id tempus se retulit, quo vir elugeretur, qui solet elugeri, propter turbationem sanguinis. Pomponius eam, quae intra legitimum tempus partum ediderit, putat, statim posse se nuptiis collocare; quod verum puto. Ulpian. in fr. 11. §. 1. et 2. D. III, 2. de his, qui notantur infamia.

Uxores viri lugere non compellentur. Paulus in fr. 9. D. eod.

Si qua mulier nequaquam luctus religionem priori viro, nuptiarum festinatione, praestiterit, ex jure quidem novissimo sit infamis; praeterea secundo viro ultra tertiam partem bonorum in

dotem non det, neque ei ex testamento plus, quam tertiam partem relinquat. Omnium praeterea hereditatum, legatorum, fideicommissorum, suprema voluntate relictorum, mortis causa donationum sit expers.

Eandem quoque mulierem, infamem redditam, hereditates ab intestato, vel legitimas, vel honorarias, non ultra tertium gradum sinimus vindicare. Grat. Val. et Theodos. in c. 1. C. V, 9. de secundis nuptiis.

§. 170.

Ehelosigkeit.

Die Ehelosigkeit da, wo, dem Alter nach, eine Verheirathung schon, oder noch als passend erschien, galt zwar zu keiner Zeit für anständig und würdig, zog sogar, wo sie als muthwillig erschien, nicht selten, in der älteren Zeit, für die eheloſe Mannsperson censorische Rügen nach sich. Allein erst die lex Julia et Papia Poppaea unter Augustus führte gegen die Eheloſen, coelibes beiderlei Geschlechtes, besondere Strafen, in Form von Vermögensnachtheilen, zum Besten des Aerarium, ein. Ein Eheloſer erwirbt namentlich das ihm in einem Testamente Zugedachte gar nicht, wenn er nicht innerhalb hundert Tagen noch heirathet. Doch ist dabei genau bestimmt, von welchem Alter an und bis zu welchem Jahre man, in dieſer Beziehung, als coelebs nach den Gesetzen zu behandeln ist. Die Veranlassung zu dieſer Bedrohung der Ehelosigkeit lag theils in der, seit dem Ende der libera respublica, eingerissenen argen Sittenlosigkeit sowohl der Männer, als der Frauen im römischen Staate, theils in einer bezweckten Bereicherung des Staatsschatzes. Constantin und seine Söhne haben indeſſen dieſe Strafen des coelibatus wieder aufgehoben. (S. im Erbrechte die Lehre von der Caducität.)

Zweites Capitel.

Die Lehre von dem elterlichen Verhältnisse zu den Kindern und von der väterlichen Gewalt insbesondere.

§. 171.

Das allgemeine Verhältniß der Eltern zu ihren Kindern.

Dig. lib. XXV. tit. 3. de agnoscendis et alendis liberis, vel parentibus, vel patronis, vel libertis. — Dig. lib. XXV. tit. 4. de inspiciendo ventre custodiendoque partu. — Dig lib. XXXVII. tit. 15. de obsequio parentibus et patronis praestando.

Das natürliche, schon in dem jus gentium begründete Rechtsverhältniß der Eltern zu ihren Kindern, das mit der Erziehung und mit gewissen anderen, zum Theil sittlichen Zwecken des Familienlebens zusammenhängt, wird auch von den Römern anerkannt.

Nur setzt das freilich, um in Wirksamkeit treten zu können, Gewißheit des wahren Elternverbandes zu den Kindern voraus. Für die Mutter eines Kindes gilt freilich, unter allen Umständen, diejenige Frauensperson, welche dasselbe geboren hat, und dieses Factum der Geburt läßt juristisch keine weiteren Zweifel aufkommen. Mater semper certa est. Daher haben nicht blos eheliche Kinder, legitimi, sondern auch eben so gut uneheliche Kinder, illegitimi, juristisch eine Mutter und mütterliche Verwandte, und das Rechtsverhältniß gestaltet sich, in Rücksicht beider, im Ganzen auf dieselbe Art. Dagegen existirt, nach der streng consequent durchgeführten Ansicht der Römer, eine solche allgemeine juristische Gewißheit der Erzeugung und des Ascendentenverhältnisses für den Vater nur dann, wenn er mit der Mutter der Kinder, zu der Zeit der Erzeugung der letzteren, in einer rechtsgültigen Ehe gelebt hat. Es gelten die Kinder dann schon deßhalb für von ihm erzeugt und demgemäß für seine ehelichen. Pater est, quem nuptiae demonstrant. Die darauf gebaute strenge Rechtsvermuthung der Paternität wird übrigens noch außerdem im römischen Rechte durch einige andere, damit im genauen Zusammenhange stehende Präsumtionen, auf eine sehr verständige Weise, unterstützt und begünstigt. Sie betreffen den oft factisch zweifelhaften Umstand,

ob zur Zeit der Erzeugung des Kindes die Mutter bereits, oder noch in rechtsgültiger Ehe gelebt habe. Danach gilt das Kind für in der Ehe erzeugt, wenn es nicht früher geboren ist, als sechs Monate nach der Eingehung der Ehe, und nicht später, als zehn Monate nach Auflösung der Ehe. Uneheliche Kinder haben juristisch weder einen Vater, noch väterliche Verwandte. Streitige Familienverhältnisse dieser Art müssen oft erst durch ein praejudicium gerichtlich entschieden werden. Die Kinder haben zu diesem Zwecke, auf juristische Anerkennung, gegen die Eltern eine actio de liberis agnoscendis et alendis, besonders gegen den Vater die actio de partu agnoscendo. Uebrigens ist außerdem noch, durch gesetzliche Vorschriften, für mancherlei Maaßregeln gesorgt, damit dem Ehemanne, besonders nach erfolgter Scheidung, nicht so leicht fremde Kinder untergeschoben, oder umgekehrt ächte, eigene unterschlagen und entzogen werden. Dahin gehört namentlich die Bestimmung des senatusconsultum Plancianum, aus der Zeit vor Hadrian, daß, wenn die Ehefrau sich bei der Scheidung schwanger glaubt, sie dieses dem Manne innerhalb dreißig Tagen, von der Scheidung an gerechnet, anzeigen soll. Der Mann kann dann entweder förmlich widersprechen, oder custodes partus schicken. Umgekehrt darf der Mann, wenn er glaubt, daß die geschiedene Frau mit Unrecht leugnet, schwanger zu sein, eine Untersuchung derselben zu diesem Zwecke anstellen lassen und, wenn sie schwanger befunden wird, wieder custodes partus schicken. Das prätorische Edict hat diese Bestimmungen des Plancianischen Senatusconsultes, zur Sicherung der Erben des Mannes, auch auf den Fall ausgedehnt, wo die Ehe durch den Tod des Mannes aufgelöst worden ist.

Die Wichtigkeit des Rechtsverhältnisses der Eltern zu den Kindern, wo es juristisch anerkannt ist, äußert sich nun nicht blos in dem Rechte und in der Pflicht zur Ernährung und Erziehung der Kinder, sondern auch in gewissen anderen, über die Erziehungsjahre hinaus dauernden Wirkungen, wie sie theils der sittliche Zweck des Familienlebens, theils auch der juristische Charakter des Verhältnisses den Römern zu erheischen schien. Dahin gehört namentlich das obsequium und die reverentia, mit ihren mannigfachen juristischen Folgen, welche die Kinder lebenslänglich ihren Eltern schuldig sind. Dahin gehören ferner

gewiſſe, gegenſeitige Inteſtaterbanſprüche der Eltern und Kinder, wie ſie unten im Erbrechte ihren Platz finden werden.

Semper certa est (mater), etiamsi vulgo conceperit. Pater vero is est, quem nuptiae demonstrant. Paul. in fr. 5. D. II, 4. de in jus vocando.

Filium enim definimus, qui ex viro et uxore ejus nascitur. Sed, si fingamus, abfuisse maritum, verbi gratia, per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua, placet nobis Juliani sententia, hunc non esse mariti filium. Non tamen ferendum, Julianus ait, eum, qui cum uxore sua assidue moratus nolit filium agnoscere, quasi non suum. Sed mihi videtur, quod et Scaevola probat, si constet, maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse, infirmitate interveniente, vel alia causa, vel si ea valetudine paterfamilias, ut generare non possit, hunc, qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse. Ulpianus in fr. 6. D. I, 8. de his, qui sui vel alieni juris sunt.

Septimo mense nasci perfectum partum, jam receptum est, propter auctoritatem doctissimi viri, Hippocratis. Et ideo credendum est, eum, qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse. Paul. in fr. 12. D. I. 5. de statu hominum.

Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem. Ulpian. in fr. 3. §. 11. D. XXXVIII, 16. de suis et legitimis heredibus.

Ii, qui ex eo (illicito) coitu nascuntur, in potestate patris non sunt, sed tales sunt, quantum ad patriam potestatem pertinet, quales sunt ii, quos mater vulgo concepit. Nam nec hi patrem habere intelliguntur, cum et his pater incertus sit. Unde solent spurii appellari, παρὰ τὴν σποράν, id est, a satione, et ἀπάτορες, quasi sine patre filii. §. 12. Inst. I, 10. de nuptiis.

Si vel parens neget filium, idcircoque alere se non debere, contendat, vel filius neget parentem, summatim judices oportet de ea re cognoscere. Si constiterit, filium vel parentem esse, tunc ali jubebunt; ceterum, si non constiterit, nec decernent alimenta. Ulpian. in fr. 5. §. 8. D. XXV, 3. de agnoscendis et alendis liberis.

Pietatem liberi parentibus — debent. Tryphoninus in fr. 10. D. XXXVII, 15. de obsequiis parentibus et patronis praestandis.

Sed nec famosae actiones adversus eos dantur, nec hae quidem, quae doli, vel fraudis habent mentionem. Ulpian. in fr. 5. §. 1. D. eod.

§. 172.

Kinderloſigkeit.

Von jeher galt es im römiſchen Staate für bürgerlich ehrenvoll, eheliche Kinder zu haben. Ja, ſeit der lex Julia et

Papia Poppaea waren sogar an die Erzeugung, oder die Geburt einer bestimmten Anzahl von ehelichen Kindern besondere Vorrechte für die Eltern, als Prämien, geknüpft, jura liberorum. Namentlich war den Frauen der Umstand, daß sie, als ingenuae wenigstens drei, als libertinae wenigstens vier Kinder hatten, das jus trium, vel quatuor liberorum, für mancherlei Rechtsverhältnisse sehr vortheilhaft.

Umgekehrt hat dieselbe lex Julia auch für die Verheiratheten, welche keine ehelichen Kinder haben, als orbi, gewisse, nicht unbedeutende Vermögensnachtheile eingeführt. Indessen haben schon Constantin und seine Söhne jene gesetzlichen Nachtheile der Kinderlosigkeit, die poenae orbitatis, aufgehoben.[1])

§. 173.

Die väterliche Gewalt.

Gai. Comm. lib. I. §. 56 sq. — Inst. lib. I. tit. 9. de patria potestate. — Dig. lib. I. tit. 6. de his, qui sui vel alieni juris sunt. — Cod. lib. VII. tit. 47. de patria potestate.

Neben dem, schon auf dem jus gentium beruhenden Verhältnisse beider Eltern, als solcher, zu ihren Kindern, kannten die Römer, unter dem Namen der patria potestas, noch ein anderes, von jenem ganz verschiedenes Verhältniß eines väterlichen, männlichen Ascendenten zu seinem mittelbaren, oder unmittelbaren, näheren, oder entfernteren, männlichen, oder weiblichen Descendenten. Es gehörte diese patria potestas nicht blos überhaupt dem eigentlichen Civilrechte, sondern auch sogar schon dem ältesten Civilrechte an, und begründete ein sehr strenges Gewalts- und Herrschaftsverhältniß, jus, des väterlichen Ascendenten, des Parens, über die ihm unterworfenen Descendenten, welche, in dieser Beziehung, seine filii- oder filiaefamilias, seine Hauskinder hießen. Zwar hing sie, an sich, ursprünglich zusammen mit dem natürlichen Verhältnisse eines männlichen Ascendenten zu seinem leiblichen Descendenten. Allein, so wie dieses letztere auch ohne damit verbundene patria potestas vorkommen konnte, so trat umgekehrt auch zuweilen die väterliche Gewalt ein, ohne die Grundlage jener natürlichen Ascendentenverbindung.

[1]) S. weiter unten §. 233.

Was dieſes Inſtitut der patria potestas für das römiſche Recht ſo bedeutend macht, iſt der Umſtand, daß darauf urſprünglich das ganze römiſche Familienrecht, der status familiae, die Agnation mit den vielen wichtigen, darauf gebauten Rechtsverhältniſſen, der Erbfolge, der Vormundſchaft, u. ſ. w. gegründet war. Daher legen ihr auch die Römer ſelbſt, theils überhaupt, theils namentlich in ihrem Syſteme des Privatrechtes, eine ſo hohe Bedeutung bei. [1])

Jus autem potestatis, quod in liberos habemus, proprium est civium romanorum. Nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus. §. 2. Inst. I, 9. de patria potestate.

Feminae quoque adoptare non possunt, quia nec naturales liberos in sua potestate habent. §. 10. Inst. I, 11. de adoptionibus.

I.

Das Weſen und die Wirkungen der väterlichen Gewalt.

§. 174.

Im Allgemeinen.

Die Natur eines wahren Eigenthumes an dem filiusfamilias hatte freilich die väterliche Gewalt nie und konnte ſie auch ſchon deßhalb nicht haben, weil das Hauskind niemals für eine bloße res galt, vielmehr, als entſchiedene persona, geradezu unfähig war, im Eigenthume zu ſtehen.

Nichts deſto weniger war die patria potestas urſprünglich ungemein ſtreng und, in vielen ihrer Wirkungen, der dominica potestas ſehr nahe verwandt, ſo wie ſie auch oft mit dieſer letzteren verglichen, ja, ſogar derſelben, in vielen Punkten, völlig gleichgeſtellt wird. Denn, obgleich ſie die jura status et familiae des Hauskindes nicht beeinträchtigte, vielmehr umgekehrt ſogar die nothwendige Grundlage des status familiae bildete, obgleich ſie ſich ferner in den Grenzen eines, freilich gerade hier ziemlich ausgedehnten, privatrechtlichen Wirkungskreiſes hielt, ſo beraubte ſie doch den filiusfamilias, innerhalb dieſer Grenzen, faſt aller Selbſtſtändigkeit. Im Allgemei-

[1]) S. oben §. 78. u. 81.

nen war dabei das Hauskind zwar in derselben Lage, ohne Unterschied, es mogte nun ein männlicher, oder ein weiblicher, ein unmittelbarer, oder ein blos mittelbarer, ein näherer, oder entfernterer Descendent des Parens sein. Doch galt, in gewisser Beziehung, das Verhältniß des Parens zu seinem wirklichen Sohne, filius, im beiderseitigen Interesse, als ein ganz besonders strenges. Auch machte, in anderer Rücksicht, einen großen Unterschied der Umstand, ob das Hauskind unmittelbar, als suus, in der Gewalt seines Parens stand, oder ob sein Verhältniß zu dem Letzteren nur durch, noch in der Mitte stehende andere Personen vermittelt wurde.

So erklärt sich vorerst, als eine gewisse häusliche Richtergewalt, das Recht des Parens über Leben und Tod seines Hauskindes, jus vitae et necis. Ob und wann der Vater verpflichtet war, dabei einen Familienrath zuzuziehen, oder ob das mehr blos von seinem Belieben abhing, ist historisch nicht ganz klar. Jedenfalls mußte er das jus vitae et necis in einer gewissen Form von Urtheil und Recht ausüben.

Daher ferner das Recht des Parens, sein Hauskind zu verkaufen, und dadurch in den, der Sclaverei ähnlichen Zustand des in mancipio esse zu versetzen.[1]) Der Vater konnte sich dieses Rechtes zu sehr verschiedenen Zwecken bedienen. Bald geschah es, um das Hauskind dadurch, wegen seiner Vergehen, zu bestrafen und in eine ihm nachtheilige Lage zu versetzen. Bald aber, und zwar sehr oft, war die Ausübung desselben nur die äußere Form und das einzig mögliche Mittel, um dadurch, nicht selten im wohlverstandenen Interesse des Hauskindes selbst, für die Zukunft die väterliche Gewalt und den darauf gegründeten strengen Familienverband zwischen dem Parens und dem Hauskinde gänzlich aufzulösen. Denn durch einen solchen Verkauf verlor der Vater alle bisherige Gewaltsrechte über sein Hauskind. Unbedingt und sofort dann, wenn das verkaufte Kind eine Tochter, oder ein Enkel war. Wenn es dagegen ein Sohn, ein filius war, so wurde derselbe durch den mit ihm vorgenommenen Verkauf noch keineswegs von der väterlichen Gewalt und deren Folgen für die Zukunft gänzlich frei. Denn, kam er nach dem ersten, oder zweiten Verkaufe von dem in mancipio esse

[1]) S. oben §. 69.

wieder los, so fiel er eo ipso sofort wieder in die bisherige patria potestas zurück. Erst nach dem dritten Verkaufe und durch diesen verlor der Vater alle Rechte aus der bisherigen patria potestas sofort, und für alle Zukunft.

Daher ferner das jus noxae dandi, als eine natürliche Folge, so lange noch der Grundsatz bestand, daß, wegen unbedingter Vermögenslosigkeit des Hauskindes, der Vater für alle Privatdelicte und widerrechtliche Beschädigungshandlungen desselben haftet.[1])

Daher endlich das Recht des Vaters, ganz nach Willkür und Belieben, seine Hauskinder zu verheirathen, wieder zu scheiden, in Adoption zu geben und zu emancipiren.

Indessen lag es doch ganz in dem Geiste und Entwickelungsgange des neueren römischen Rechtes, daß die patria potestas, wie alle jura und Familienherrschaften, allmählig in ihren strengen Wirkungen sehr beschränkt wurde. Manche ursprünglich darin liegenden Rechte des Vaters, wie das jus vitae et necis, das jus vendendi, jus noxae dandi, wurden, in dieser Art, ganz aufgehoben, indem, was etwa davon namentlich von dem jus vendendi scheinbar übrig geblieben, damit kaum noch verglichen werden kann. Andere Rechte des Vaters blieben zwar, aber in sehr gemilderter Form und erhielten dadurch zum Theil einen ganz anderen Charakter.

Die speciellere Abhandlung der einzelnen so eben genannten, in der väterlichen Gewalt liegenden Befugnisse, so wie einiger anderer, bisher noch nicht erwähnter, z. B. des Rechtes der Pupillarsubstitution, der Ernennung eines Tutors u. s. w., wird zweckmäßiger ihren Platz im Systeme beiläufig da finden, wo jene Befugnisse in die einzelnen Lehren selbst unmittelbar einschlagen.

Gegen jeden Dritten, welcher ihm sein Hauskind, aus irgend einem Grunde, vorenthält und ihn dadurch in der vollen Ausübung der väterlichen Gewalt hindert, hat der Parens eine in rem actio, welche zwar eine vindicatio, aber, da das Hauskind nicht als res erscheint, keine rei vindicatio war, sondern eine besondere filii vindicatio. Auch konnte er sein Recht auf die potestas, mittelst einer Präjudicialklage und mit

[1]) S. oben §. 150.

dem interdictum de liberis exhibendis et ducendis, geltend machen.

Id enim lex duodecim tabularum jubet his verbis: si pater filium ter venumduit, filius a patre liber esto. Ulpiani Fragm. tit. X. §. 1.

Filiusfamilias in publicis causis loco patrisfamilias habetur, veluti si magistratum gerat, vel tutor detur. Pompon. in fr. 9. D. I, 6. de his, qui sui vel alieni juris sunt.

Si filiusfamilias in potestate tua est, res adquisitas tibi alienare non potuit. Quem, si pietatem patri debitam non agnoscit, castigare jure patriae potestatis non prohiberis, acriore remedio usurus, si in pari contumacia perseveraverit, eumque praesidi provinciae oblaturus, dicturo sententiam, quam tu quoque dici volueris. Alexand. in c. 3. C. VIII, 47. de patria potestate.

Liberos a parentibus neque venditionis, neque donationis titulo, neque pignoris jure, neque alio quolibet modo, nec sub praetextu ignorantiae accipientis, in alium transferri posse, manifesti juris est. Impp. Diocletianus et Maxim. in c. 1. C. IV, 43. de patribus, qui filios suos distraxerunt.

Si quis, propter nimiam paupertatem egestatemque, victus causa, filium filiamve sanguinolentos vendiderit, venditione in hoc tantummodo casu valente, emtor obtinendi ejus servitii habeat facultatem. Liceat autem ipsi, qui vendidit, vel qui alienatus est, aut cuilibet alii, ad ingenuitatem eum propriam repetere: modo si aut pretium offerat, quod potest valere, aut mancipium pro ejusmodi praestet. Constantinus in c. 2. C. eod.

Per hanc autem (specialem in rem actionem) liberae personae, quae sunt juris nostri, ut puta liberi, qui sunt in potestate, non petuntur. Petuntur igitur aut praejudiciis, aut interdictis, aut cognitione praetoria. Et ita Pomponius libro trigesimo septimo: nisi forte, inquit, adjecta causa quis vindicet. Si quis ita petit: filium suum, vel ex potestate, ex jure romano, videtur mihi et Pomponius consentire, recte eum egisse. Ait enim, adjecta causa, ex lege Quiritium vindicare posse. Ulpian. in fr. 1. §. 2. D. VI, 1. de rei vindicatione.

§. 175.

Vermögenserwerb des Vaters durch seine Hauskinder.

Inst. lib. II. tit. 9. per quas personas cuique adquiritur.

So wenig der servus etwas Eigenes für sich haben konnte, und darum Alles, was er erwarb, seinem Herrn erwarb, eben so wenig war, nach der Strenge des älteren Rechtes, der filiusfamilias eigenen Vermögens fähig. Daher erwarb Letzterer auch

Alles, was er erwarb, zunächst seinem Parens, insofern dieser nämlich es haben wollte.

Doch unterschied sich ein solcher Erwerb des Vaters durch sein Hauskind von dem des Herrn durch seinen servus, in anderer Beziehung, wesentlich. Denn, vorerst konnte das Hauskind, weil es eine persona war, sogar jura über Freie, namentlich die patria potestas, oder manus, welche ja auch eine gewisse pecuniäre Seite hatten,[1]) für seinen Parens erwerben. Sodann war ein jeder solcher Erwerb des Vaters durch sein Hauskind immer mittelbar auch für das Hauskind selber ein Gewinn. Denn, wenngleich das Letztere alle Vermögensrechte, eben darum, weil es dieselben vorerst noch nicht selber haben konnte, zunächst blos für den Parens erwarb, so kamen sie doch eventuell, dem wahrscheinlichen, künftigen Erfolge nach, auch dem Hauskinde selbst mit zu Gute. Sie fielen nämlich bei des Vaters Tode, wenn dieser nicht ausdrücklich im Testamente anders darüber verfügt hatte, zugleich mit dessen übrigem Vermögen, welches insofern eine Art Familienvermögen bildete, ipso jure dem bisherigen filiusfamilias, und nunmehrigen homo sui juris, in dessen Eigenschaft als des Parens suus heres, anheim. Insofern ist es denn auch keine bloße, leere Redensart, wenn im römischen Rechte gesagt wird, daß der filiusfamilias schon bei Lebzeiten seines Parens, in gewisser Hinsicht, als Mitinhaber des väterlichen Vermögens erscheine. Nur ist immer dabei festzuhalten, daß diese Theilnahme des Hauskindes an dem väterlichen Vermögen in ihren Wirkungen vorerst eine blos eventuelle und insofern eine precäre war, als sie von dem Parens jeder Zeit nicht blos durch Veräußerung einzelner Stücke aus diesem Vermögen willkürlich geschmälert, sondern auch, in ihren Wirkungen, gänzlich aufgehoben werden konnte. Letzteres geschah theils durch Selbstentäußerung der väterlichen Gewalt, namentlich durch Emancipation, oder Hingabe des Hauskindes an Fremde in Adoption; theils, auch ohne eine solche Entäußerung, durch Enterbung, exheredatio des Hauskindes im Testamente. Freilich tritt dieses angegebene, eigenthümliche Verhältniß der Kinder zu dem Vermögen ihres Parens zunächst blos für diejenigen Hauskinder ein, welche, als sui, in der unmittelbaren po-

[1]) S. weiter unten §. 177.

testas ihres Parens stehen. Allein es gilt dasselbe, unter gewissen Beschränkungen, im Grunde auch für alle Hauskinder, selbst wenn sie sich blos in der mittelbaren potestas des Familienoberhauptes befinden. Nur mit dem Unterschiede, daß Letztere dem gemeinsamen Familienvermögen noch bedeutend ferner stehen, als die sui, und daß darum ihre Aussicht, in dieses Familienvermögen, als unbeschränkte Inhaber desselben, mit Erfolg einzurücken, um so weiter hinausgeschoben ist, als ihre Stellung zu dem gemeinschaftlichen Parens eine entferntere und erst durch Zwischenpersonen, welche dem Parens, als Inhaber der Gewalt, näher stehen, vermittelte ist. Namentlich bricht sich oft die Masse des ursprünglich einzigen Familienvermögens erst in mehrere Theile, durch eingetretene Erbfälle, bevor der bisher eventuelle Anspruch der entfernteren Hauskinder, wenigstens in Rücksicht des einen Theiles, sich wirksam äußert.

Man hat dieses ganze Verhältniß, wegen mancher daraus hervorgehender Bestimmungen des römischen Rechtes, namentlich daß der Parens mit seinem filiusfamilias Rechtsgeschäfte, welche das Vermögen betreffen, nicht abschließen kann, aus einer fingirten juristischen Personeneinheit zwischen dem Parens und seinem filiusfamilias zu erklären gesucht. Allein es bedarf einer solchen Fiction, welche auch in den römischen Rechtsquellen selbst durchaus keine genügende Stütze findet, gar nicht. Denn es erklären sich alle, aus jener angeblichen Personeneinheit abgeleiteten Folgesätze schon außerdem einfach aus der juristischen Vermögenslosigkeit des filiusfamilias, als solchen.

Inter patrem et filium contrahi emtio non potest; sed de rebus castrensibus potest. Ulpian. in fr. 2. pr. D. XVIII, 1. de contrahenda emtione.

Adquiritur nobis etiam per eas personas, quas in potestate — habemus. Itaque, si quid mancipio puta acceperint, aut traditum eis sit, vel stipulati fuerint, ad nos pertinet. Ulpiani Fragm. tit. IX. §. 18.

Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et, vivo quoque parente, quodammodo domini existimantur. Gai. Comm. II. §. 157.

Alles, was er erwarb, zunächst seinem Parens, insofern dieser nämlich es haben wollte.

Doch unterschied sich ein solcher Erwerb des Vaters durch sein Hauskind von dem des Herrn durch seinen servus, in anderer Beziehung, wesentlich. Denn, vorerst konnte das Hauskind, weil es eine persona war, sogar jura über Freie, namentlich die patria potestas, oder manus, welche ja auch eine gewisse pecuniäre Seite hatten,[1]) für seinen Parens erwerben. Sodann war ein jeder solcher Erwerb des Vaters durch sein Hauskind immer mittelbar auch für das Hauskind selber ein Gewinn. Denn, wenngleich das Letztere alle Vermögensrechte, eben darum, weil es dieselben vorerst noch nicht selber haben konnte, zunächst blos für den Parens erwarb, so kamen sie doch eventuell, dem wahrscheinlichen, künftigen Erfolge nach, auch dem Hauskinde selbst mit zu Gute. Sie fielen nämlich bei des Vaters Tode, wenn dieser nicht ausdrücklich im Testamente anders darüber verfügt hatte, zugleich mit dessen übrigem Vermögen, welches insofern eine Art Familienvermögen bildete, ipso jure dem bisherigen filiusfamilias, und nunmehrigen homo sui juris, in dessen Eigenschaft als des Parens suus heres, anheim. Insofern ist es denn auch keine bloße, leere Redensart, wenn im römischen Rechte gesagt wird, daß der filiusfamilias schon bei Lebzeiten seines Parens, in gewisser Hinsicht, als Mitinhaber des väterlichen Vermögens erscheine. Nur ist immer dabei festzuhalten, daß diese Theilnahme des Hauskindes an dem väterlichen Vermögen in ihren Wirkungen vorerst eine blos eventuelle und insofern eine precäre war, als sie von dem Parens jeder Zeit nicht blos durch Veräußerung einzelner Stücke aus diesem Vermögen willkürlich geschmälert, sondern auch, in ihren Wirkungen, gänzlich aufgehoben werden konnte. Letzteres geschah theils durch Selbstentäußerung der väterlichen Gewalt, namentlich durch Emancipation, oder Hingabe des Hauskindes an Fremde in Adoption; theils, auch ohne eine solche Entäußerung, durch Enterbung, exheredatio des Hauskindes im Tastemante. Freilich tritt dieses angegebene, eigenthümliche Verhältniß der Kinder zu dem Vermögen ihres Parens zunächst blos für diejenigen Hauskinder ein, welche, als sui, in der unmittelbaren po-

[1]) S. weiter unten §. 177.

testas ihres Parens stehen. Allein es gilt dasselbe, unter gewissen Beschränkungen, im Grunde auch für alle Hauskinder, selbst wenn sie sich blos in der mittelbaren potestas des Familienoberhauptes befinden. Nur mit dem Unterschiede, daß Letztere dem gemeinsamen Familienvermögen noch bedeutend ferner stehen, als die sui, und daß darum ihre Aussicht, in dieses Familienvermögen, als unbeschränkte Inhaber desselben, mit Erfolg einzurücken, um so weiter hinausgeschoben ist, als ihre Stellung zu dem gemeinschaftlichen Parens eine entferntere und erst durch Zwischenpersonen, welche dem Parens, als Inhaber der Gewalt, näher stehen, vermittelte ist. Namentlich bricht sich oft die Masse des ursprünglich einzigen Familienvermögens erst in mehrere Theile, durch eingetretene Erbfälle, bevor der bisher eventuelle Anspruch der entfernteren Hauskinder, wenigstens in Rücksicht des einen Theiles, sich wirksam äußert.

Man hat dieses ganze Verhältniß, wegen mancher daraus hervorgehender Bestimmungen des römischen Rechtes, namentlich daß der Parens mit seinem filiusfamilias Rechtsgeschäfte, welche das Vermögen betreffen, nicht abschließen kann, aus einer fingirten juristischen Personeneinheit zwischen dem Parens und seinem filiusfamilias zu erklären gesucht. Allein es bedarf einer solchen Fiction, welche auch in den römischen Rechtsquellen selbst durchaus keine genügende Stütze findet, gar nicht. Denn es erklären sich alle, aus jener angeblichen Personeneinheit abgeleiteten Folgesätze schon außerdem einfach aus der juristischen Vermögenslosigkeit des filiusfamilias, als solchen.

Inter patrem et filium contrahi emtio non potest; sed de rebus castrensibus potest. Ulpian. in fr. 2. pr. D. XVIII, 1. de contrahenda emtione.

Adquiritur nobis etiam per eas personas, quas in potestate — habemus. Itaque, si quid mancipio puta acceperint, aut traditum eis sit, vel stipulati fuerint, ad nos pertinet. Ulpiani Fragm. tit. IX. §. 18.

Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et, vivo quoque parente, quodammodo domini existimantur. Gai. Comm. II. §. 157.

§. 176.

Ausbildung der Peculien.

Dig. lib. XV. tit. 1. de peculio. — Dig. lib. XLIV. tit. 17. de castrensi peculio. — Cod. lib. I. tit. 3. de episcopis et clericis cet. et castrensi peculio. — Cod. lib. VI. tit. 60. de bonis maternis et materni generis. tit. 61. de bonis, quae liberis in potestate patris constitutis ex matrimonio, vel alias adquiruntur. — Cod. lib. XII. tit. 31. de castrensi omnium palatinorum peculio. tit. 37. de castrensi peculio militum et praefectianorum.

Der strenge Grundsatz des älteren Rechtes, daß der filiusfamilias, als solcher, kein eigenes Vermögen für sich selber erwerben und haben konnte, wurde allmählig gemildert, ja, zuletzt fast ganz aufgehoben, durch die sich mit der Zeit ausbildende Theorie der verschiedenen Arten von Peculien.

Die älteste, ursprünglich einzige und darum oft vorzugsweise schlechtweg peculium benannte Art ist dasjenige, was man heut zu Tage, obwohl unrömisch, als profecticium peculium bezeichnet. Dahin gehört indessen keineswegs, wie man gewöhnlich sagt, schon alles Vermögen, was der Vater seinem filiusfamilias zur Verwaltung übergiebt. Denn daran hat das Hauskind gar keine selbstständigen Rechte, sondern nur die gewöhnlichen Befugnisse eines Verwalters, im Interesse seines Principales. Peculium sind und heißen vielmehr nur diejenigen Stücke des väterlichen Vermögens, welche theils der Vater speciell und ausdrücklich für den filiusfamilias bestimmt, theils auch wirklich schon zu dem Zwecke von seinem übrigen Vermögen reell ausgesondert hat, damit das Hauskind jene Sachen, auf eigenem Namen und zu seinen eigenen Bedürfnissen, als quasi patrimonium, für sich selber haben soll. Dann bildet es nämlich in der That insofern ein besonderes, zum Vortheile des filiusfamiliäs bestimmtes Vermögen, als derselbe dadurch vom Vater ermächtigt wird, darauf hin Schulden selbstständig für sich und seine eigene Rechnung zu machen. Der Vater muß dann diese Schulden hinterdrein anerkennen und haftet, aber freilich nur peculiotenus, den Gläubigern des Hauskindes dafür, indem er denselben das Peculium, als Executionsgegenstand, schon zum Voraus angewiesen hat. Daher haben die Gläubiger des Hausſohnes, zu diesem Zwecke, gegen den

Vater die actio de peculio.[1]) Auch kann der Vater daneben dem Hauskinde an den ihm verliehenen Peculiensachen eine selbstständige, mehr oder weniger freie, sonstige Verwaltungs- und Veräußerungsbefugniß einräumen. Es war dieses Letztere sogar oft der Fall. Allein nichts desto weniger behält dieses peculium, so wie Alles, was dadurch erworben wird, immer noch die Natur von wahrem Vermögen des Vaters, wird nicht wirklich eigenes Vermögen, nicht verum patrimonium des Hauskindes. Das geht namentlich schon daraus hervor, daß auch der Herr, in ganz gleicher Art, seinem servus ein peculium einräumen konnte. Es stand ferner dem Vater frei, das eingeräumte peculium zu jeder Zeit beliebig dem filiusfamilias wieder weg- und zurückzunehmen, unbeschadet jedoch der bereits vorher von den Creditoren des Hauskindes daran, als an einem Gegenstande der Execution, erworbenen Ansprüche. Der eigentliche Hauptzweck einer solchen concéssio peculii war daher offenbar nur der, dem Hauskinde für sich selbst, bis zu einer gewissen Summe, einen selbstständigen Credit zu eröffnen, ohne dadurch das übrige Vermögen des Vaters mehr zu gefährden, als zu jenem Zwecke nöthig war, und ohne den Vater auf die Dauer zu binden. Hieraus ergiebt sich, daß in der Einräumung eines solchen peculium von Seiten des Vaters noch keine wahre Abweichung von der Strenge des altrömischen Grundsatzes liegt, wonach der filiusfamilias selbstständigen, eigenen Vermögens unfähig ist. Zwar konnte ein peculium dieser Art hinterdrein wirklich in das eigene Vermögen des Hauskindes dadurch übergehen, daß es ihm von dem Vater, bei der Emancipation, gelassen wurde. Dann verlor es aber natürlich sofort die Natur eines peculium, weil der Inhaber desselben nunmehr selber paterfamilias war.

Dagegen wurde in der That eine wahre, durchgreifende Ausnahme von jener ursprünglichen Strenge der juristischen Vermögenslosigkeit des Kindes in der potestas herbeigeführt durch die Ausbildung der übrigen Peculien. Daher kommen diese auch blos für Hauskinder vor, und die Sclaven sind ihrer nicht fähig.

Es gehört dahin vorerst das, wahrscheinlich unter Augustus

[1]) S. oben §. 123.

aufgekommene, castrense peculium. Denn ein filiusfamilias ſoll Alles, was er, als miles, in castris, unmittelbar durch den Militärdienſt, per militiam, oder auch nur occasione militiae, d. h. mit gewiſſen genaueren Beſtimmungen, aus Veranlaſſung ſeines Dienſtes erwirbt, frei für ſich, wie eigenes Vermögen, haben und darüber in jeder Beziehung, ſelbſt teſtamentariſch, gerade ſo frei und unbeſchränkt verfügen dürfen, als wäre er nicht filiusfamilias, ſondern paterfamilias. Doch zeigte ſich trotz dem das ſtrenge Princip der väterlichen Gewalt dabei noch in einem Punkte wirkſam, nämlich darin, daß das castrense, wenn der filiusfamilias verſtarb, ohne darüber teſtamentariſch verfügt zu haben, nicht auf die gewöhnliche Weiſe, nach den Regeln der Inteſtaterbfolge, den Erben des Hausſohnes deferirt wurde, ſondern jure peculii, d. h. kraft der patria potestas, an den Vater, als ſolchen, zurückfiel. Gerade deßhalb erhielt, oder behielt auch dieſes Vermögen des Hausſohnes immer noch den Namen peculium. Erſt Juſtinian hat dieſes letzte Recht des Vaters aufgehoben, und dadurch dem Hauskinde, in jeder Beziehung, volles und unbeſchränktes Eigenthumsrecht an den caſtrenſiſchen Gütern zugeſprochen. Es hat jetzt im Grunde den Charakter eines Peculium verloren und mehr den Charakter von bona castrensia angenommen.

Unter Kaiſer Conſtantin, in deſſen Regierung die principielle Scheidung der eigentlichen Civilämter von den reinen Militärämtern fällt, wurde, als Folge davon, der Grund gelegt zu dem quasi castrense peculium, welches, nach der Analogie des castrense gebildet, eben deßhalb auch nach denſelben Grundſätzen, wie jenes, beurtheilt wird. Urſprünglich beſchränkte es ſich auf diejenigen Vermögensſtücke, welche ein filiusfamilias durch ein öffentliches nicht militäriſches Staatsamt, oder durch Advocatur erwirbt. Allein im Laufe der Zeit hat es ſich, ſeinen Beſtandtheilen nach, ſehr erweitert. Namentlich gehört dahin auch der Erwerb durch ein kaiſerliches Hofamt, ſo wie aller Erwerb eines Geiſtlichen.

Endlich wurde, ebenfalls unter Kaiſer Conſtantin, wenigſtens der Grund gelegt zu demjenigen, was wir heut zu Tage, wohl nicht ganz römiſch, das adventitium peculium nennen. Denn Juſtinian, dem daſſelbe überhaupt erſt ſeine volle Ausbildung verdankt, bezeichnet es nicht als peculium,

ſondern als bona, quae patri non adquiruntur. Es ſind das nämlich Vermögensſtücke, welche der filiusfamilias nicht zunächſt für ſeinen parens, ſondern theils für dieſen, theils auch zugleich mit für ſich ſelbſt, alſo gewiſſermaaßen gemeinſchaftlich mit ſeinem parens erwirbt. Denn ſie fallen zwar, dem Eigenthume nach, nicht dem parens, ſondern dem filiusfamilias ſelbſt zu, der ſie deßhalb auch ab intestato auf die gewöhnliche Weiſe vererbt. Der parens erhält aber als ſolcher den Nießbrauch und die Verwaltung daran. Urſprünglich, nach Conſtantin's Vorſchrift, beſchränkte ſich das allerdings lediglich auf die materna bona. Doch wurde es von ſpäteren Kaiſern auch auf die bona materni generis erſtreckt und zuletzt von Juſtinian ſelbſt noch mehr erweitert. Auf dieſe Weiſe gehört, nach dem neueſten Rechte, aller Erwerb des filiusfamilias, der nicht, mittelbar, oder unmittelbar, ſchon an ſich aus väterlichem Vermögen herrührt, und nicht etwa ſchon nach den Grundſätzen des älteren Rechtes unter den Begriff des caſtrenſiſchen, oder quaſicaſtrenſiſchen peculium fällt, zu den ſ. g. Adventitien. Dieſe letzteren bilden demnach jetzt inſofern die Regel. Unter gewiſſen Umſtänden ſoll der parens nicht einmal den ususfructus daran erhalten, namentlich dann nicht, wenn derjenige, welcher dem Hauskinde die Vermögensſtücke zuwendet, ausdrücklich den Vater von dem Nießbrauche ausſchließt, oder wenn das Hauskind gegen den Willen des Vaters etwas erwirbt, indem dem Vater ein ſolcher Nießbrauch natürlich nicht aufgedrungen werden ſoll. Aber ſelbſt dann gilt das Hauskind dabei noch immer, dem Namen und Begriffe nach, als filiusfamilias, nicht, wie bei den caſtrenſiſchen Peculien, als paterfamilias; was auch nicht ohne weſentliche Folgen iſt.

Peculium dictum est, quasi pusilla pecunia, sive patrimonium pusillum. Ulpian. in fr. 5. §. 3. D. XV, 1. de peculio.

Peculii est non id, cujus servus seorsum a domino rationem habuerit, sed quod dominus ipse separaverit summa, servi rationem discernens. Nam, cum servi peculium totum adimere, vel augere, vel minuere dominus possit, animadvertendum est, non quid servus, sed quid dominus, constituendi servilis peculii gratia, fecerit. Pompon. in fr. 14. §. 2. D. eod.

Castrense peculium est, quod a parentibus, vel cognatis in militia agenti donatum est, vel quod ipse filiusfamilias in militia adquisivit, quod, nisi militaret, adquisiturus non fuisset. Nam

quod erat et sine militia adquisiturus, id peculium ejus castrense non est. Macer in fr. 11. D. XLIX, 17. de castrensi peculio.

Filiusfamilias testamentum facere non potest, quoniam nihil suum habet, ut testari de eo possit. Sed Divus Marcus constituit, ut filiusfamilias miles de eo peculio, quod in castris adquisivit, testamentum facere possit. Ulpiani Fragm. tit. X. §. 10.

Cum filiifamilias in castrensi peculio vice patrumfamiliarum fungantur. Idem in fr. 2. D. XIV, 6. ad senatusconsultum Macedonianum.

Ex hoc intelligere possumus, quod in castris adquisierit miles, qui in potestate patris est, neque ipsum patrem adimere posse, neque patris creditores id vendere, vel aliter inquietare, neque, patre mortuo, cum fratribus commune esse, sed scilicet proprium ejus esse, qui id in castris adquisierit. Quamquam jure civili omnium, qui in potestate parentum sunt, peculia perinde in bonis parentum computentur, ac servorum peculia in bonis dominorum numerantur; exceptis videlicet iis, quae ex sacris constitutionibus, et praecipue nostris, propter diversas causas non adquiruntur. Pr. Inst. II, 12. quibus non est permissum, facere testamentum.

Omnes palatinos, quos edicti nostri jamdudum certa privilegia superfundunt, rem si quam, dum in palatio nostro morantur, vel parsimonia propria quaesierint, vel donis nostris fuerint consecuti, ut castrense peculium habere praecipimus. Quid enim tam ex castris est, quam quod, nobis conciis, ac prope sub conspectibus nostris, adquiritur? Sed nec alieni sunt a pulvere et labore castrorum, qui signa nostra comitantur, qui praesto sunt semper actibus, quos intentos et eruditos studiis itinerum prolixitas et expeditionum difficultas exercet. C. unica C. XII, 31. de castrensi omnium palatinorum peculio.

Igitur liberi vestri utriusque sexus, quos in potestate habetis, olim quidem, quidquid ad eos pervenerat, exceptis videlicet castrensibus peculiis, hoc parentibus suis adquirebant, sine ulla distinctione. Et hoc ita parentum fiebat, ut etiam esset eis licentia, quod per unum vel unam eorum adquisitum esset, alii filio, vel extraneo donare, vel vendere, vel quocunque modo voluerant, applicare. Quod nobis inhumanum visum est, et, generali constitutione emissa, et liberis pepercimus, et patribus honorem debitum reservavimus. Sancitum etenim a nobis est, ut, si quid ex re patris ei obveniat, hoc, secundum antiquam observationem, totum parenti adquiratur. Quae enim invidia est, quod ex patris occasione profectum est, hoc ad eum reverti? Quod autem ex alia causa sibi filiusfamilias adquisivit, hujus usumfructum quidem patri adquirat, dominium autem apud eum remaneat; ne, quod ei suis

laboribus, vel prospera fortuna accesserit, hoc, in alium perveniens, luctuosum ei procedat. §. 1. Inst. II, 9. per quas personas cuique adquiritur.

II.

Erwerb der väterlichen Gewalt.

§. 177.

Erwerb der väterlichen Gewalt über die ehelichen Kinder.

Gai. Comm. lib. I. §. 56 sq. — Inst. lib. I. tit. 9. de patr. pot. — Dig. lib. I. tit. 6. de his, qui sui vel alieni juris sunt. — Cod. lib. VIII. tit. 47. de patria potestate.

Römische Bürger erwarben sofort und schon ganz von selbst die väterliche Gewalt über ihre, in römischer Ehe, legitimum matrimonium, erzeugten Kinder, gleich von deren Geburt an. Da aber die väterliche Gewalt, wegen ihrer Folgen, namentlich weil das Hauskind Alles seinem Vater erwirbt, zum Theil mit als Vermögensrecht betrachtet wird und deßhalb der filiusfamilias, als solcher, sie nicht für sich selber zu haben fähig ist, so erwirbt er sie, wie alles Uebrige, zunächst für seinen Vater, der also dann, als Großvater, durch seinen ehelichen Sohn, auch seinen ehelichen Enkel in die Gewalt bekommt, und so immer weiter fort. Nur freilich tritt, bei dem Tode des gemeinschaftlichen parens, wodurch der bisherige unmittelbare filiusfamilias sui juris wird, jene väterliche Gewalt, welche er über seine ehelichen Kinder und Enkel von seinen Söhnen zwar längst erworben hatte, aber bisher nicht selber ausüben konnte, sofort von selbst für ihn in volle Wirksamkeit, auch der Ausübung nach.

Mit einer Frau, die nicht römische Bürgerin war, konnte ein römischer Bürger zwar, wegen des mangelnden connubium, nicht in einer römischen Ehe, legitimum matrimonium, wohl aber trotzdem in einer, nach dem jus gentium gültigen Ehe leben, und insofern eheliche Kinder erzeugen. Allein er erwarb natürlich die patria potestas nicht über diese seine Kinder, indem sie nicht ein Mal römische Bürger waren; auch dann nicht, wenn er etwa aus Irrthum seine Frau für eine Bürgerin gehalten hatte. Doch konnte er in diesem letzteren Falle, wenn er vor Gericht eine causa erroris nachwies, mittelst dieser causae

probatio, hinterdrein die väterliche Gewalt nachträglich über jene früher erzeugten ehelichen Kinder erwerben.

Gewissermaaßen gehört hierher, als selbstständige Entstehungs- und Erwerbungsart der väterlichen Gewalt, auch die Vorschrift, daß ein leibliches Kind, welches emancipirt worden ist, wegen seiner Undankbarkeit gegen den parens, nach Analogie des freigelassenen Sclaven, wieder in dessen Gewalt zurückgezogen werden kann.

Auch wird die frühere väterliche Gewalt von selbst wieder erneuert dadurch, daß der, vom Vater in das mancipium verkaufte Sohn von dem mancipium wieder frei wird. Er fällt dann in die patria potestas zurück, und das wiederholt sich sogar in derselben Weise bei dem zweiten Verkaufe.[1])

In potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex justis nuptiis procreavimus. Pr. Inst. I, 9. de patria potestate.

Qui ex me et uxore mea nascitur, in mea potestate est; item qui ex filio meo et uxore ejus nascitur, id est, nepos meus et neptis, aeque in mea sunt potestate, et pronepos, et proneptis et deinceps ceteri. Ulpian. in fr. 4. D. I, 6. qui sui, vel alieni juris sunt.

Item, si civis romanus latinam, aut peregrinam uxorem duxerit per ignorantiam, cum eam civem romanam esse crederet, et filium procreavit, hic non est in potestate, qui nequidem civis romanus est, sed aut latinus, aut peregrinus, id est ejus conditionis, cujus et mater fuerit, quia non aliter quisquam ad patris conditionem accedit, quam si inter patrem et matrem connubium sit. Sed ex senatusconsulto permittitur, causam erroris probare, et ita uxor quoque et filius ad civitatem romanam perveniunt, et ex eo tempore incipit filius in potestate patris esse. Idem juris est, si eam per ignorantiam uxorem duxerit, quae in dediticiorum numero est, nisi quod uxor non fit civis romana. Gai. Comm. I. §. 67.

Nepotes ex filio, mortuo avo, recidere solent in filii potestatem, hoc est, patris sui. Simili modo et pronepotes et deinceps, vel in filii potestatem, si vivit et in familia mansit, vel in ejus parentis, qui ante eos in potestate est. Idem. in fr. 5. D. eod.

---

[1]) S. oben §. 174.

§. 178.

Erwerbung der väterlichen Gewalt durch Legitimation.

Cod. lib. V. tit. 27. de naturalibus liberis et matribus eorum, et ex quibus causis justi efficiantur.

Uneheliche Kinder fallen nicht unter die potestas ihres Erzeugers, theils deßhalb, weil die patria potestas nur Folge des legitimum matrimonium ist, theils schon deßhalb nicht, weil solche Kinder ja juristisch gar keinen Vater haben. Dasselbe gilt auch von den Concubinenkindern, weil sie doch jedenfalls keine ehelichen sind. Indessen scheint es, in einzelnen speciellen Fällen, ausnahmsweise schon früh unter der Kaiserregierung vorgekommen zu sein, daß, aus besonderen Gründen, die Kaiser, mittelst eines Gnadenrescriptes, ein nicht in der Ehe erzeugtes Kind hinterdrein dem ehelichen gleichstellten und auf diese Weise in die väterliche Gewalt des Erzeugers brachten.

Es war dieses, der Sache nach, schon eine wahre Legitimation, nur daß sie damals nicht so benannt wurde, und daß sie noch auf keinen festen, allgemeinen Grundsätzen beruhte. Diese begannen erst unter Constantin sich zu bilden, mit nächster Rücksicht auf den Concubinat, mit dessen Geschichte sie auch sonst genau zusammenhängen. Der Vater kann nämlich seine Concubinenkinder, immer und unter allen Umständen, legitimiren per subsequens matrimonium. Eingeführt ist diese Legitimation zwar durch Constantin, aber nur temporär, indem sie erst, nach mancherlei wechselnden Verordnungen unter Zeno, Anastasius und Justinus, von Justinian zu einem allgemeinen, bleibenden Rechtsinstitute erhoben worden ist. Dazu kam seit Theodosius II. die Legitimation per oblationem curiae. Endlich fügte Justinian den beiden schon vorhandenen Legitimationsarten, um sie zu ergänzen, noch eine dritte, die per rescriptum principis bei, welche jedoch, besonders in Vergleichung mit der per subsequens matrimonium, nur unter großen Beschränkungen statthaft ist.

Die Wirkung der Legitimation, welche immer, neben dem Willen des Vaters, auch die Zustimmung des zu legitimirenden Kindes, wegen der für dasselbe darin liegenden capitis diminutio, voraussetzt, ist die, daß das legitimirte Kind nicht blos,

jure civili, in die, hier ja ſchon naturali jure vorhandenen, natürlichen Cognationsverhältniſſe, ſondern auch in die patria potestas und familia und alſo mit in die agnatio ſeines Vaters eintritt, wie ein eheliches. In jenen, dadurch ein Mal feſt anerkannten Cognationsverhältniſſen verbleibt daſſelbe, wie ein ehelich gebornes Kind, ſelbſt dann, wenngleich etwa ſpäterhin das Agnationsverhältniß ſich wieder auflöſen ſollte.

Aliquando autem evenit, ut liberi, qui statim, ut nati sunt, in potestate parentum non fiant, postea autem redigantur in potestatem. Qualis est is, qui, dum naturalis fuerat, postea curiae datus, potestati patris subjicitur; nec non is, qui a muliere libera procreatus, cujus matrimonium minime legibus interdictum fuerat, sed ad quam pater consuetudinem habuerat, postea ex nostra constitutione, dotalibus instrumentis compositis, in potestate patris efficitur; quod et aliis liberis, qui ex eodem matrimonio postea fuerint procreati, similiter nostra constitutio praebuit. §. 13. Inst. I, 10. de nuptiis.

Dum et filii hoc ratum habuerint. Nam, si solvere jus patriae potestatis, invitis filiis, non permissum est patribus, multo magis sub potestatem redigere invitum filium et nolentem, sive per oblationem curiae, sive per instrumentorum celebrationem, sive per aliam quamlibet machinationem, tamquam sortem metuentem paternam, justum non est. Justinian. in Nov. 89. c. 11. pr.

§. 179.

Erwerbung der väterlichen Gewalt durch Adoption.

Gai. Comm. lib. I. §. 97 sq. — Inst. lib. I. tit. 11. de adoptionibus. — Dig. lib. I. tit. 7. de adoptionibus et emancipatione et aliis modis, quibus potestas solvitur. — Cod. lib. VIII. tit. 58. de adoptionibus.

Selbſt da, wo gar kein natürliches, leibliches Aſcendenten- und Deſcendentenverhältniß zum Grunde liegt, ſelbſt da läßt ſich väterliche Gewalt künſtlich durch einen reinen Act der Willkür herbeiführen, nämlich durch die Adoption, die förmliche Annahme an Deſcendenten, Kindes, oder Enkels Statt. Schwerlich war dieſelbe ein urſprüngliches Inſtitut des älteſten römiſchen Rechtes. Doch finden wir ſie ſchon ziemlich früh, und zwar in doppelter Art und Form.

Es kann vorerſt ein bisher familienunabhängiger Menſch, ein homo sui juris, ſich freiwillig in die patria potestas und familia eines Anderen begeben. Das heißt dann arrogatio. Sie hatte, nach dem älteren Rechte, zugleich eine wahre successio per universitatem zur Folge. Denn, da der Arrogirte

dadurch aus einem paterfamilias in einen filiusfamilias verwandelt und dadurch unfähig wurde, eigenes Vermögen selbstständig für sich fort zu behalten, so ging sein gesammtes bisheriges Vermögen auf den Arrogator über. Letzterer haftete deßhalb, wenigstens nach prätorischem Rechte, für die Schulden, welche der Arrogirte zur Zeit seiner Arrogation gehabt hatte. Schon deßhalb, so wie, wegen des auch sonst, in mehrfacher Beziehung, dabei zugleich mit obwaltenden Interesses, wurde es von jeher mit einer solchen Arrogation sehr streng genommen. Sie war nicht lediglich der Privatwillkür, d. h. nicht der bloßen Verabredung der zunächst dabei interessirten Privatpersonen, des pater arrogator und des zu Arrogirenden, überlassen, sondern daneben auch, nach vorgängiger causae cognitio von Seiten der Pontifices, welche, wegen der leicht dadurch gefährdeten sacra privata, dabei interessirt waren, an die Zustimmung des Staatsoberhauptes geknüpft. Nämlich, zur Zeit des Freistaates an die Bewilligung des ganzen Volkes, populi rogatio, weßhalb sie auch adoptio per populum hieß; unter der Kaiserregierung an die, in Form eines Gnadenrescriptes eingekleidete Zustimmung des Kaisers. Unmündige durften, wegen der ihrer Person und ihrem Vermögen dabei drohenden Gefahr, ursprünglich gar nicht arrogirt werden. Seit Kaiser Antoninus ist dieses zwar gestattet, jedoch nur nach Vorgang ganz besonderer Untersuchungen über die Rathsamkeit der Arrogation im concreten Falle, ferner nur mit Einwilligung sämmtlicher Tutoren und Angehörigen des Unmündigen, endlich auch nur unter vielen Clauseln, namentlich der Verpflichtung des Arrogators zur Leistung gewisser Cautionen, welche das Wohl des Unmündigen und seine Sicherung gegen die, ihm etwa dabei drohenden Gefahrer bezwecken. Quarta Divi Pii.

Es kann aber auch zweitens ein filiusfamilias aus der väterlichen Gewalt und familia seines bisherigen parens heraus, und dafür unmittelbar sofort in die väterliche Gewalt und familia eines Anderen hinübertreten, dadurch, daß er von seinem bisherigen parens jenem Anderen in Adoption gegeben wird. Das heißt adoptio im engeren Sinne, datio in adoptionem. Dazu bedurfte es, weil es im Grunde blos der Ausübung eines schon an sich in der väterlichen Gewalt liegenden Rechtes galt, keiner besonderen Erlaubniß von Seiten des Staa-

tes. Eben so wenig bedurfte es dazu, nach der Strenge des älteren Rechtes, einer Zustimmung des in Adoption zu gebenden filiusfamilias selbst, weil das Hingeben zur Adoption ja nur als ein Act der Ausübung der patria potestas, ja, sogar nur als eine mildere Form des väterlichen Verkaufsrechtes erschien. Anders freilich im neueren römischen Rechte, wo das Hauskind wenigstens ein Widerspruchsrecht hat. Die Form, in welcher die Adoptionshandlung vorzunehmen, war ursprünglich zwar eine rein privatrechtliche, aber aus anderen Gründen sehr complicirte. Es bedurfte nämlich dazu, von Seiten des bisherigen Gewaltinhabers, einer Mancipation des Hauskindes, und wenn es ein Sohn war, sogar einer dreimaligen Mancipation desselben, zum Zwecke einer, den neuen Familiennexus vorbereitenden, gewaltsamen Aufhebung des bisherigen. Dann wurde das Hauskind, mittelst einer in jure cessio, von dem bisherigen parens dem Adoptivvater überlassen. Wegen dieser Nothwendigkeit der in jure cessio, hieß es, die adoptio geschehe imperio magistratus. Allein, nach neuerem römischen Rechte, wird die Adoptionshingabe und Annahme durch eine bloße einfache Erklärung vor der hierzu competenten Obrigkeit zu Protocoll bewerkstelligt. Da müssen jedoch, als Folge der früherhin dabei vorkommenden in jure cessio; als legis actio, sämmtliche Interessenten in Selbstperson gegenwärtig sein, und alle Bedingungen, oder Zeitbestimmungen, welche schon an sich zur Begründung eines so ernsten Familienverhältnisses nicht passen würden, bleiben, als unstatthaft, ausgeschlossen.

Ein gemeinschaftliches Requisit beider Adoptionsarten, sowohl der Arrogation, als der Adoption im engeren Sinne, ist, daß der Adoptirende zu dem zu Adoptirenden in einem, dem Adoptionszwecke natürlich angemessenen Altersverhältnisse steht. Unter den römischen Juristen herrschten zwar über diesen Punkt verschiedene Ansichten. Allein, nach dem neueren römischen Rechte muß, bei der Adoption, der Adoptirende um wenigstens achtzehn Jahre (plena pubertate) älter sein, als das Adoptivkind. Es soll ferner Arrogation regelmäßig nur solchen Personen gestattet sein, die wegen ihres Alters, oder sonst, keine Aussicht mehr haben, noch selber leibliche Kinder zu erzeugen. Endlich ist, aus besonderen Gründen, das Adoptiren gewissen Personen absolut, oder wenigstens relativ untersagt. Lauter Beschränkungen, zu welchen die Römer

das richtige Gefühl leitete, daß Adoptionen sonst leicht zu argen, die Rechte der schon vorhandenen Kinder verletzenden und das reine Familienleben störenden Mißbräuchen führen könnten.

Daß beide Adoptionsarten dem Adoptivkinde eine minima capitis deminutio zuziehen, das liegt schon in der Natur des angegebenen Verhältnisses. Denn, wer sich arrogiren läßt, und dadurch in die potestas und familia des Arrogators eintritt, giebt seine bisherige Familienselbstständigkeit auf und wird filiusfamilias. Wer dagegen von seinem Parens in Adoption gegeben wird, der hört dadurch eo ipso auf, als Agnat der bisherigen familia anzugehören, indem er dafür in die potestas und familia seines Adoptivvaters eintritt. Daher beruht es nur auf einer höchst exorbitanten Vorschrift von Justinian, daß, wenn der Vater einen leiblichen suus in Adoption hingiebt, diese Hingabe nur dann die väterliche Gewalt auf den Adoptirenden überträgt, wenn dieser letztere ebenfalls ein leiblicher Ascendent des Adoptivkindes ist. Wenn dagegen der Adoptirende kein solcher leiblicher Ascendent, sondern ein extraneus ist, so soll die Hingabe in Adoption an dem bisher bestandenen Verhältnisse der potestas und familia durchaus nichts ändern. Die Hingabe in Adoption hat vielmehr dann nur die Wirkung, daß das Adoptivkind dadurch einen eventuellen Intestaterbanspruch gegen den Adoptivvater erlangt. Was den Kaiser zur Einführung dieser, heut zu Tage s. g. minus plena adoptio veranlaßt hat, war lediglich die schonende Rücksicht auf die Erbansprüche des Adoptivkindes, die außerdem leicht auf eine unbillige Weise gefährdet werden konnten.

Frauenzimmer können schon an sich durch Adoption niemals die patria potestas erwerben. Doch wird es uneigentlicher Weise ebenfalls Adoption genannt, wenn, was nach einem Rescripte von Diocletian und Maximian möglich ist, eine Frau, welche ihre Kinder verloren hat, sich von dem Kaiser, mittelst eines Gnadenrescriptes, die specielle Vergünstigung auswirkt, ein fremdes Kind annehmen zu dürfen. Das hat dann die Wirkung, daß dadurch die Adoptivmutter und das Adoptivkind zu einander in das Verhältniß einer leiblichen Mutter und eines leiblichen Kindes kommen, sich namentlich in dieser Eigenschaft gegenseitig ab inestato beerben.

Non solum autem naturales liberi, secundum ea, quae dixi-

mus, in potestate nostra sunt, verum etiam ii, quos adoptamus. Adoptio autem duobus modis fit, aut principali rescripto, aut imperio magistratus. Imperatoris auctoritate adoptare quis potest eos easve, qui quaeve sui juris sunt. Quae species adoptionis dicitur arrogatio. Imperio magistratus adoptare licet eos easve, qui quaeve in potestate parentum sunt, sive primum gradum liberorum obtineant, qualis est filius, filia, sive inferiorem, qualis est nepos, neptis, proneptis. Pr. et §. 1. Inst. I, 11. de adoptionibus.

Licet autem et in locum nepotis, vel pronepotis, vel in locum neptis, vel proneptis, vel deinceps adoptare, quamvis filium quis non habeat. §. 5. Inst. eod.

Debet is, qui sibi per arrogationem, vel adoptionem filium facit, plena pubertate, id est, decem et octo annis praecedere. §. 4. Inst. eod.

Sed et illud utriusque adoptionis commune est, quod et hi, qui generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare possunt, castrati autem non possunt. §. 6. Inst. eod.

Arrogationes non temere, nec inexplorate committuntur. Nam comitia arbitrio pontificibus praebentur, quae curiata appellantur, aetasque ejus, qui adrogare vult, an liberis potius gignendis idonea sit, bonaque ejus, qui adrogatur, ne insidiose appetita sint, consideratur. Arrogatio autem dicta, quia genus hoc in alienam familiam transitus per populi rogationem fit. Gellius Noct. Att. V. 10. et 19.

In adoptionibus eorum, qui suae potestatis sunt, ipsorum duntaxat voluntas exploratur. Sin autem a patre dantur in adoptionem, in his utriusque arbitrium spectandum est, vel consentiendo, vel non contradicendo. Celsus in fr. 5. D. I, 7. de adoptionibus.

Sed hodie, ex nostra constitutione, cum filiusfamilias a patre naturali extraneae personae in adoptionem datur, jura potestatis naturalis patris minime dissolvuntur, nec quidquam ad patrem adoptivum transit, nec in potestate ejus est, licet ab intestato jura successionis ei a nobis tributa sunt. Si vero pater naturalis non extraneo, sed avo filii sui materno, vel, si ipse pater naturalis fuerit emancipatus, etiam avo paterno, vel proavo simili modo paterno, vel materno, filium suum dederit in adoptionem, in hoc casu, quia in unam personam concurrunt et naturalia et adoptionis jura, manet stabile jus patris adoptivi, et naturali vinculo copulatum, et legitimo adoptionis modo constrictum, ut et in familia et potestate hujusmodi patris adoptivi sit.

Cum autem impubes per principale rescriptum arrogatur, causa cognita arrogatio permittitur et exquiritur causa arrogationis, an honesta sit expediatque pupillo, et cum quibusdam conditionibus arrogatio fit. —

Feminae quoque adoptare non possunt, quia nec naturales liberos in potestate sua habent. Sed ex indulgentia principis, ad solatium liberorum amissorum, adoptare possunt. §. 2. 3. et 10. Inst. I, 11. de adoptionibus.

III.

Aufhebung der väterlichen Gewalt.

§. 180.

Im Allgemeinen.

Gai. Comm. lib. I. §. 125 sq. — Inst. lib. I. tit. 12. quibus modis jus patriae potestatis solvitur.

Die väterliche Gewalt ist ein Recht, welches dem parens an und für sich lebenslänglich über seine Hauskinder zusteht. Doch setzt das voraus, theils, daß sich nicht etwa vor des parens Tode etwas ereignet, was entweder ihn selbst unfähig macht, die potestas fort zu behalten, oder das Hauskind außer Stand setzt, unter väterlicher Gewalt zu bleiben, theils daß der parens nicht selber freiwillig sich seiner Gewalt früher entäußert.

Zu jenen Ereignissen gehört, aus natürlichen Gründen, der Tod des Hauskindes, oder des parens; nur freilich mit dem Unterschiede, daß durch den Tod des Parens der suus zwar sui juris wird, dagegen diejenigen, die mittelbar durch diesen in der potestas des Verstorbenen sich befanden, nunmehr aus der Gewalt ihres verstorbenen Großvaters sofort in die ihres Vaters fallen. Aus Gründen, die mit dem streng civilrechtlichen Charakter der potestas zusammenhängen, macht jede maxima, oder auch nur media capitis deminutio, welche der parens, oder der filiusfamilias erleidet, der patria potestas mit Nothwendigkeit ein Ende. Denn blos ein römischer Bürger kann väterliche Gewalt haben, und unter väterlicher Gewalt stehen. Nur freilich bleibt, wenn die capitis deminutio durch feindliche Gefangenschaft herbeigeführt worden, wegen der Möglichkeit des postliminium, in der Zwischenzeit das Rechtsverhältniß noch unbestimmt und unentschieden. Auch die minima capitis deminutio gehört hierher. Denn, läßt sich der parens arrogiren, so tritt er selbst, in seiner nunmehrigen Eigenschaft als Hausſohn, unmittelbar in die potestas des Arrogators über, während seine eigenen bisherigen Hauskinder, in der Eigenschaft

als Enkel des Arrogators, mittelbar derſelben potestas unterliegen. Die minima capitis deminutio des Hauskindes fällt mit dem freiwilligen Aufgeben der väterlichen Gewalt zuſammen. Endlich läßt ſich dahin auch der Fall rechnen, nach älterem Rechte, wenn das Hauskind flamen dialis, oder virgo vestalis wurde, nach neuerem Rechte, wenn es gewiſſe genau beſtimmte, hohe, weltliche, oder geiſtliche Würden, deren Erwerbung mit dem Verbleiben in der patria potestas für unvereinbarlich gilt, wie die Würde eines patricius, oder eines Biſchofes, erlangt.

Allein auch durch Selbſtentäußerung, von Seiten des parens, kann die bisherige väterliche Gewalt erlöſchen. Dahin gehörte ehemals das Verkaufen des filiusfamilias in das mancipium, mit den oben erwähnten Eigenthümlichkeiten, ſo wie das Hingeben zur noxa. Dahin gehört noch im neueren römiſchen Rechte das Hingeben des Hauskindes in Adoption, ſo wie das Emancipiren deſſelben.

In allen dieſen Fällen erlöſcht nun zwar immer die bisherige väterliche Gewalt. Allein, ob und in wie weit dadurch das bisherige Hauskind auch zugleich sui juris, oder nur in eine andere potestas verſetzt wird, und ob ſeine Agnationsrechte noch fortbeſtehen, oder, mittelſt einer minima capitis deminutio, verloren gehen, das hängt zunächſt von der beſonderen Erlöſchungsart ab.

Hi, qui in potestate parentis sunt, mortuo eo sui juris fiunt. Sed hoc distinctionem recipit. Nam, mortuo patre, sane omnimodo filii filiaeve sui juris efficiuntur. Mortuo vero avo, non omnimodo nepotes neptesque sui juris fiunt, sed ita, si post mortem avi in potestatem patris sui recasuri non sunt. Itaque, si moriente avo pater eorum et vivit. et in potestate patris sui est, tunc post obitum avi in potestate patris sui fiunt. Si vero is, quo tempore avus moritur, aut jam mortuus est, aut exiit de potestate patris, tunc hi, quia in potestatem ejus cadere non possunt, sui juris fiunt.

Cum autem is, qui ob aliquod maleficium in insulam deportatur, civitatem amittit, sequitur, ut, qui eo modo ex numero civium romanorum tollitur, perinde ac si mortuo eo, desinant liberi in potestate ejus esse. Pari ratione et si is, qui in potestate parentis sit, in insulam deportatus fuerit, desinit, in potestate parentis esse. — Si ab hostibus captus fuerit parens, quamvis servus hostium fiat, tamen pendet jus liberorum, propter jus

postliminii, quia hi, qui ab hostibus capti sunt, si reversi fuerint, omnia pristina jura recipiunt. — Ipse quoque filius si ab hostibus captus fuerit, similiter dicimus, propter jus postliminii jus quoque potestatis parentis in suspenso esse. Pr. §. 1. et 5. Inst. I, 12. quibus modis jus patriae potestatis solvitur.

Praeterea exeunt liberi virilis sexus de patris potestate, si flamines diales inaugurentur, et feminini sexus, si virgines Vestales capiantur. Gai. Comm. I, §. 130.

Filiusfamilias si militaverit, vel si senator, vel consul factus fuerit, remanet in potestate patris. Militia enim, vel consularis dignitas de patris potestate filium non liberat. Sed ex constitutione nostra summa patriciatus dignitas illico, imperialibus codicillis praestitis, filium a patris potestate liberat. §. 4. Inst. I, 12. quibus modis jus patriae potestatis solvitur.

§. 181.

Die Emancipation insbesondere.

Dig. lib. I. tit. 7. de adoptionibus et emancipationibus. — Cod. lib. VIII. tit. 49. de emancip. liberorum.

Die Befugniß, seine Hauskinder zu emancipiren, stand zwar von jeher dem parens unbedingt zu, und namentlich ohne daß dazu die Einwilligung der Kinder selbst vorausgesetzt wurde. Doch scheint ein solches Emancipiren ursprünglich, als dem damaligen Geiste des römischen Familienlebens widersprechend, nur selten vorgekommen zu sein, nur etwa zur Bestrafung des filiusfamilias, als eine mildere Form des Ausstoßens aus der potestas, während das Verkaufen in das mancipium, um darin zu verbleiben, die härtere war. Denn, obgleich der Emancipirte sui juris wurde, so traf ihn doch, als nothwendige Folge, der bedeutende Nachtheil, daß dadurch alle bisherige Agnations- und Familienverbindung zwischen ihm und dem parens, so wie zwischen ihm und allen Agnaten des parens, gewaltsam zerrissen wurde. Aus dieser strengen Wirkung der Emancipation erklärt sich das Mittel, dessen sich der emancipirende Vater dazu bedienen mußte. Denn, um von der väterlichen Gewalt losgesprochen und vor einem Rückfalle in dieselbe gesichert zu werden, mußte das zu emancipirende Hauskind erst durch das mancipium hindurchgehen, indem es von seinem parens verkauft, ja, wenn es ein wirklicher Sohn desselben war, sogar dreimal verkauft wurde. Mittelst der dabei abgeschlossenen fiducia wurde indes-

sen von dem parens theils dafür gesorgt, daß das Kind nicht in dem mancipium des Käufers verblieb, sondern sofort freigelassen wurde, theils, wenigstens gewöhnlich, auch dafür, daß er, der parens selbst, durch die eigene Freilassung des ihm zu diesem Zwecke von dem Käufer remancipirten Kindes, sich die Patronatsrechte über dasselbe sicherte.

In dem neueren römischen Rechte hat nun freilich die Emancipation eine zum Theil ganz andere Gestalt erhalten. Denn, vorerst mogten die jetzt bedeutend veränderten Lebensverhältnisse sehr oft eine Emancipation des Hauskindes als im wahren Interesse sowohl des parens, als des Kindes liegend erscheinen lassen, so daß sie dann ganz den Charakter einer Strafe und Ausstoßung verlor. Sodann kam die alte, ursprüngliche, complicirte Form der Emancipation allmählig ab. Schon Kaiser Anastasius hatte eine neue, auf einem kaiserlichen Genehmigungsrescripte beruhende eingeführt. Doch bestand jene ältere, wenngleich sie jetzt nur selten vorgekommen zu sein scheint, immer noch daneben fort. Erst Justinian hob sie ganz auf, indem er an ihre Stelle eine andere, auf bloße formelle Zuziehung der Obrigkeit gebaute Emancipationsform anordnete, welche dazu bestimmt ist, neben der Anastasischen zu gelten. Daher hat jetzt, im neuesten römischen Rechte, der parens zwischen jenen beiden Formen die Wahl. Diese neueste Form, die s. g. emancipatio Justinianea, erscheint freilich insofern als die bei weitem leichtere und bequemere, als sie kein von dem Kaiser zu erwirkendes Gnadenrescript, sondern nur eine einfache Emancipationserklärung des Vaters vor der Obrigkeit erfordert. Dafür setzt sie aber auch, in gewisser anderer Beziehung, wieder mehr voraus, als die Anastasische, nämlich unmittelbare persönliche Anwesenheit des Hauskindes, so daß abwesende Kinder immer nur durch kaiserliches Gnadenrescript emancipirt werden konnten. Gerade aus diesem Grunde, so wie auch deßhalb, weil die Anastasische Form dem Emancipirten außerdem manche ungewöhnliche Vortheile, durch kaiserliche Gnade, verschaffen kann, ist sie durch die Justinianische Form nicht ganz verdrängt worden.

Eine fernere Aenderung des neueren Rechtes, welche ganz in dem Geiste der Zeit und in dem milderen Charakter der väterlichen Gewalt lag, ist die, daß wenigstens leibliche Hauskinder von ihrem parens nicht wider ihren Willen emancipirt

und auf diese Art um ihre Agnationsrechte gebracht werden dürfen.

Endlich hat das neuere Recht, auch in Rücksicht der Wirkung der Emancipation, manche Modification herbeigeführt. Denn, obgleich im Ganzen der Grundsatz, daß durch die Emancipation, zugleich mit der väterlichen Gewalt, auch der ganze übrige strenge Familiennexus zwischen dem Parens und dem Emancipirten gewaltsam vernichtet wird, als Regel, noch geblieben ist, so kann doch der Kaiser, durch sein die Emancipation genehmigendes Gnadenrescript, auf ausdrückliches Nachsuchen des Vaters, ausnahmsweise dem Emancipirten seine bisherigen Familien- und Agnationsrechte vorbehalten. Freilich hat, seit der allmähligen und zuletzt fast ganz vollendeten Gleichstellung der Cognation und der Agnation, der Verlust der Agnationsrechte, schon an sich und im Allgemeinen, immer mehr an Bedeutung verloren. Besonders war es schon früh der Prätor, welcher sich in Rücksicht der auf Agnation gebauten Erbansprüche der Kinder auf den väterlichen Nachlaß, der Emancipirten im Edicte mehrfach annahm.[1]) Dennoch behielt eine solche kaiserliche Reservation der Agnationsrechte, für den Emancipirten, immer noch eine gewisse juristische Bedeutung.

Auf den Familienzustand der Kinder des Emancipirten, wenn sie nur schon vor der Emancipation erzeugt waren, hat die Emancipation insofern keinen Einfluß, als sie selber filiifamilias des Emancipirenden bleiben und nur aus der bisherigen mittelbaren potestas desselben in die unmittelbare fallen.

Filius quidem ter mancipatus sui juris fit, ceteri vero liberi, sive masculini sexus, sive feminini, una mancipatione exeunt de parentum potestate. Lex enim duodecim tabularum in persona filii de tribus mancipationibus loquitur his verbis: si pater filium ter venumduit, filius a patre liber esto. Eaque res ita agitur. Mancipat pater filium alicui, is eum vindicta manumittit. Eo facto revertitur in potestatem patris. Is eum iterum mancipat, vel eidem, vel alii: sed in usu est, eidem mancipari. Isque manumittit postea similiter vindicta. Rursus in potestatem patris revertitur. Tunc tertio pater eum mancipat, vel eidem, vel alii; sed hoc in usu est, ut eidem mancipet. Gai. Comm. I. §. 132.

Praeterea mancipatione quoque desinunt liberi in potestate

---

[1]) S. weiter unten das Erbrecht.

parentum esse. Sed ea emancipatio antea quidem vel per antiquam legis observationem procedebat, quae per imaginarias venditiones et intercedentes manumissiones celebrabatur, vel ex imperiali rescripto. Nostra autem providentia et hoc in melius per constitutionem reformavit, ut, fictione pristina explosa, recta via ad competentes judices, vel magistratus parentes intrent et filios suos, vel filias, vel nepotes, vel neptes ac deinceps sua manu dimittant. Et tunc, ex edicto praetoris, in hujus filii vel filiae, nepotis vel neptis bonis, qui, vel quae a parente manumissus, vel manumissa fuerit, eadem jura praestantur parenti, quae tribuuntur patrono in bonis liberti. Admonendi autem sumus, liberum esse arbitrium ei, qui filium et ex eo nepotem, vel neptem in potestate habebit, filium quidem de potestate dimittere, nepotem vero vel neptem retinere, et ex diverso filium quidem in potestate retinere, nepotem vero vel neptem manumittere, vel omnes sui juris efficere. §. 6 et 7. Inst. I, 12. quibus modis jus patriae potestatis solvitur.

Et quidem neque naturales liberi, neque adoptivi ullo paene modo possunt cogere parentes, de potestate sua eos dimittere. §. 10. Inst. eod.

Solvere jus patriae potestatis, invitis filiis, non est permissum patribus. Justinian. in Nov. 89. c. 11. pr.

Emancipato filio et ceteris personis capitis minutio manifesto accidit; cum emancipari nemo possit, nisi in imaginariam servilem causam deductus. Paul. in fr. 3. §. 1. D. IV, 5. de capite minutis.

Drittes Capitel.

Die Lehre von der Vormundschaft.

§. 182.

Ihr allgemeiner Charakter und ihre Stellung im Systeme.

Es kann Jemand, seiner Stellung im Staate und in der Familie nach, vollkommen selbstständig, also formell sui juris und doch, aus gewissen besonderen persönlichen Gründen, nicht fähig sein, diese seine Selbstständigkeit ohne fremden Schutz und Beistand zu behaupten, oder zu genießen. Für dergleichen Fälle tritt nun das Bedürfniß einer, durch Vormundschaft zu vermittelnden Vertretung solcher Personen, defensio, wie sie der

homo alieni juris in der väterlichen, oder sonstigen Familiengewalt, der er unterworfen ist, findet, fühlbar hervor.

Eine solche vormundschaftliche Einrichtung war nun zwar von jeher im römischen Staate getroffen und mit dem Familienwesen in genaue Verbindung gebracht. Allein es hatte die Vormundschaft doch zu keiner Zeit den Charakter eines wahren jus, einer potestas in dem oben angegebenen strengen Sinne des Wortes. Daher machte sie auch denjenigen, welcher darunter stand, niemals zum homo alieni juris, setzte vielmehr umgekehrt wesentlich voraus, daß er sui juris war. Daher ferner entzog sie dem Bevormundeten nicht die juristische Fähigkeit eigenen Vermögens, und begründete zwischen ihm und seinem Vormunde keine juristische Unfähigkeit, mit einander in Geschäftsverbindung zu stehen, wie das die Folgen der eigentlichen potestas, namentlich der patria potestas waren. Aber dennoch hatte ursprünglich die Vormundschaft, auf eine uns freilich auffallende, jedoch aus der ganzen Richtung des damaligen Familiengeistes leicht erklärbare Weise, zunächst nicht den Charakter einer strengen Pflicht, oder gar eines öffentlichen Amtes, sondern vielmehr den eines selbstnützigen, noch dazu sehr unbeschränkten Familienrechtes, das, als künftiger Intestaterbe des Pflegbefohlenen, der Vormund, um seiner selbst willen, hatte und ausübte. Erst allmählig, im Laufe der Zeit, wurde jener ältere Gesichtspunkt des reinen Familienrechtes durch den mehr staatspolizeilichen Gesichtspunkt eines, zunächst zum Wohle des Pflegbefohlenen bestimmten Institutes, eines mit bedeutender Verantwortlichkeit und strengen Pflichten verknüpften öffentlichen Amtes, publicum munus, was der Vormund zu verwalten hatte, verdrängt. Doch hat die Vormundschaft auch seitdem, und auch noch im neuesten römischen Rechte, niemals ganz jenen ursprünglichen, rein privatrechtlichen Charakter verleugnet.

Unverkennbar war hiernach im römischen Rechte zu jeder Zeit der genaue Zusammenhang der Vormundschaft mit der Familie. Die Vormundschaft hatte vorerst schon im Allgemeinen die Bestimmung, unter gewissen Umständen die väterliche Gewalt, wo sie nöthig erschien und doch im einzelnen Falle mangelte, zu ersetzen. Es war ferner das Recht, Vormund zu werden, entschieden ursprünglich ein Familienrecht, ein Recht

des nächsten Agnaten, als solchen. Daher gingen auch die wichtigsten und ältesten Delationsgründe der Vormundschaft, der durch das Testament und der durch das Gesetz, unmittelbar aus Familienverhältnissen, aus der väterlichen Gewalt und aus der Agnation, als daraus fließende Rechte des zur tutela, oder cura Berufenen, hervor.

Nun finden wir freilich, daß allmählig die Vormundschaft ihren früheren Charakter, als ein strenges Familienrecht des Vormundes selbst, zum Theil verloren hat. Dadurch sind in der That manche der ursprünglichen Verknüpfungsbande mit der Familie gelockert worden. Allein dafür tritt seitdem ein anderer Gesichtspunkt, welcher die Vormundschaft mit den Familienverhältnissen in Verbindung bringt, desto sichtbarer hervor. Das ist die, durch die ganze neuere römische Gesetzgebung hindurch laufende, Richtung der Vormundschaft auf das Wohl und Beste des Mündels selbst, wonach es zunächst die Pflicht der übrigen Familienglieder, als solcher, ist, ihrem pflegebedürftigen Gliede den vormundschaftlichen Schutz zu gewähren. Dadurch erhält die Vormundschaft das Ansehen einer Familienpflicht, indem der Vormund immer, auch da, wo er nicht schon an sich und außerdem zur eigentlichen Familie gehört, als ein von dem Gesetze zur Fürsorge für den Pflegling bestimmter Stellvertreter des Parens, oder sonstigen nächsten Verwandten erscheint.

Wie überhaupt im neueren römischen Rechte die Familienverhältnisse mehr aus dem Gebiete bloßer einseitiger Rechte heraus, und in das Gebiet wechselseitiger Rechte und Pflichten hinübergerückt sind, ebenso die Vormundschaft. Sie bildet deßhalb in der That die Quelle vieler und mannigfacher Obligationsverhältnisse zwischen dem Vormunde und seinem Pflegbefohlenen, wird auch in dieser Beziehung im Obligationenrechte, unter der Rubrik der obligationes, quae quasi ex contractu nascuntur, mit aufgeführt. Aber dennoch muß dieses nebenbei obwaltende Obligationsprincip, bei der Stellung des ganzen Institutes im Rechtssysteme, in den Hintergrund treten und der Gesichtspunkt des Familienverhältnisses, als des eigentlichen Wesens und der Grundlage der Vormundschaft, festgehalten werden. Denn sonst wird derjenige eigenthümliche Zusammenhang mit der Familie, den die Vormundschaft selbst noch in dem neuesten römischen Rechte hat, und den sie, wenn sie

nicht ausarten soll, in allen positiven Rechten möglichst bewahren muß, so gut, wie ganz verwischt. Jene rein privatrechtlichen Obligationsverhältnisse bilden nur eine mehr zufällige Folge, nicht aber den Zweck, den Kern und das eigentliche Wesen der Vormundschaft.

Tutelam vel curam placuit, publicum munus esse. Pr. Inst. I, 25. de excus.

§. 183.

Arten der Vormundschaft.

Das römische Recht unterschied nicht blos schon sehr früh zwei Arten der Vormundschaft, die tutela und die cura, sondern hat auch nicht ein Mal einen technischen Namen, um den ganzen Gattungsbegriff Vormundschaft damit zusammenzufassen. Das Gemeinsame beider Arten liegt in der oben angedeuteten Bestimmung des Vormundes, einen homo sui juris, in dessen eigenem, oder wenigstens in dem Interesse seiner Familie, rechtlich überall zu vertreten, wo er für seine Person, oder für sein Vermögen eines solchen Vertreters bedarf. Was aber die tutela von der cura charakteristisch unterscheidet, liegt, abgesehen von gewissen, mehr blos zufälligen, unwesentlichen Punkten, theils in dem Grunde der Vertretungsbedürftigkeit des Pflegbefohlenen, theils in der dadurch bedingten Art und Form der Vertretung selbst. Denn es giebt, außer mehreren anderen, möglichen Aeußerungen der vormundschaftlichen Thätigkeit, eine höchst eigenthümliche, unter dem Namen der auctoritatis interpositio, durch welche letztere der unvollständige Wille des Pflegbefohlenen von dem Vormunde, in einer von den Gesetzen genau und scharf begrenzten Form, ergänzt werden soll. Diese auctoritatis interpositio konnte von jeher nur von einem tutor, nie von einem curator ausgehen. Daher hieß tutela diejenige Vormundschaft, bei welcher der Vormund, seiner Stellung und Bestimmung nach, auctoritatem interponiren soll, oder dieses doch wenigstens, wo es nöthig erscheint, kann. Jede Vormundschaft, bei welcher schon an sich und im Allgemeinen die rechtliche Möglichkeit einer solchen auctoritatis interpositio ausgeschlossen bleibt, hieß cura. Darin stimmten übrigens wieder beide Arten von Vormundschaft überein, daß ein Pflegbedürftiger nicht blos Einen,

ſondern auch zu derſelben Zeit mehrere Vormünder, Mittutoren, oder Mitcuratoren haben konnte.

Unter der tutela, als ſolcher, ſtanden urſprünglich zwei Claſſen von Perſonen, weil gerade bei ihnen ein unvollſtändiger, und deßhalb vom Vormunde ſtreng formell zu ergänzender Wille angenommen wurde. Das waren, wegen ihres Alters, die Unmündigen beiderlei Geſchlechtes, ſodann noch, wegen ihres Geſchlechtes, auch die mündigen Frauensperſonen.

Die verſchiedenen Hauptfälle, welche eine cura nothwendig, oder möglich machten, werden weiter unten im Zuſammenhange aufgezählt werden.[1])

Transeamus nunc ad aliam divisionem personarum. Nam ex his personis, quae in potestate non sunt, quaedam vel in tutela sunt, vel in curatione sunt. Ita enim intelligemus ceteras personas, quae neutro jure tenentur. Pr. Inst. I, 13. de tutelis.

Illud tenendum est generaliter, personale quidem munus esse, quod corporibus, labore, cum sollicitudine animi ac vigilantia solenniter extitit. — Aeque personale munus est tutela, cura adulti, furiosive, item prodigi, muti, etiam ventris, etiam ad exhibendum cibum, potum, tectum et similia. Hermogenianus in fr. 1. §. 3 et 4. D. L, 4. de muneribus et honoribus.

Erſter Titel.

Die tutela.

I.

Impuberum, s. aetatis tutela.

§. 184.

Begriff derſelben.

Gai. Comm. lib. I. §. 142. sq. — Inst. lib. I. tit. 13. de tutelis.

Es war ein uralter Grundſatz des Civilrechtes, daß römiſche Bürger, welche sui juris, aber noch nicht perfectae aetatis waren, als impuberes, Unmündige, mit Nothwendigkeit einen Tutor beſtellt erhielten. Sie hießen dann, im Verhältniſſe zu dieſem Tutor, pupilli, pupillae.

[1]) S. §. 190.

Bei der Bestimmung der Grenzlinie zwischen Impubertät und Pubertät schwankten die Römer, obgleich sie den Begriff von jeher aus dem Gesichtspunkte der physischen Körperreife auffaßten, lange Zeit, wenigstens bei Mannspersonen, zwischen einem blos individuell, und zwischen einem ganz allgemein festzustellenden Maaßstabe. Erst Justinian hat entschieden und unbedingt dem allgemeinen Maaßstabe den Vorzug gegeben, wonach für Mannspersonen immer das vollendete vierzehnte, für Frauenzimmer immer das vollendete zwölfte Jahr den Schlußtermin der Unmündigkeit bilden soll.

Die Römer verkennen nun zwar im Allgemeinen nicht, daß die Grundidee einer solchen Tutel über Unmündige sich schon in dem jus gentium vorfindet. Dennoch erklären sie dieselbe, in ihren genaueren Grundsätzen darüber, für juris civilis.

Tutela est, ut Servius definit, vis (jus?) ac potestas in capite libero, ad tuendum eum, qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit, jure civili data ac permissa. Paul. in fr. 1. pr. D. XXVI, 1. de tutelis.

Sed impuberes quidem in tutela esse, omnium jure contingit, quia id naturali rationi conveniens est, ut is, qui perfectae aetatis non sit, alterius tutela regatur. Gai. Comm. I, §. 189.

Liberantur tutela masculi quidem pubertate. Puberem autem Cassiani quidem eum esse dicunt, qui habitu corporis pubes apparet, id est, qui generare possit, Proculiani autem eum, qui quatuordecim annos explevit. Verum Priscus eum puberem esse, in quem utrumque concurrit, et habitus corporis et numerus annorum. Ulpian. Fragm. tit. XI. §. 28.

Pubertatem autem veteres quidem non solum ex annis, sed etiam ex habitu corporis in masculis aestimari volebant. Nostra autem majestas dignum esse castitate temporum nostrorum bene putavit, quod in feminis et antiquis impudicum esse visum est: id est inspectionem habitudinis corporis, hoc etiam in masculos extendere. Et ideo, sancta constitutione promulgata, pubertatem in masculis post quartum decimum annum completum illico initium accipere disposuimus, antiquitatis normam in femininis personis bene positam suo ordine relinquentes, ut post duodecimum annum viri potentes esse credantur. Pr. Inst. I, 22. quibus modis tutela finitur.

§. 185.

Bestimmung der Person des Tutors.

Inst. lib. I. tit. 14. qui testamento tutores dari possunt. tit. 15. de legitima agnatorum tutela. tit. 17. de legitima patronorum tutela. tit. 18. de legitima parentum tutela. tit. 19. de fiduciaria tutela. tit. 20. de Atiliano tutore et eo, qui ex lege Julia et Titia dabatur. — Dig. lib. XXVI. tit. 2. de testamentaria tutela. tit. 3. de confirmando tutore vel curatore. tit. 4. de legitimis tutoribus. tit. 5. de tutoribus et curatoribus datis ab his, qui jus dandi habent. tit. 6. qui petant tutores vel curatores et ubi petantur. — Cod. lib. V. tit. 28. de testam. tutela. tit. 29. de confirmando tutore. tit. 30. de legitima tutela. tit. 31. qui petant tutores vel curatores. tit. 32. ubi petantur tutores vel curatores.

Tutor konnte, nach der streng civilrechtlichen Natur der tutela, nur ein römischer Bürger werden. Selbst diesem war unter Umständen, aus besonderen Gründen, die Uebernahme der Tutel gesetzlich untersagt. Dahin gehörten von jeher, schon dem ganzen Grundgedanken und Zwecke der Tutel gemäß, alle Frauenspersonen. Doch leidet das, in Rücksicht der eigenen Mutter und Großmutter des Pupillen, seit der Kaiserzeit, insofern eine Ausnahme, als jene, solange sie Wittwen sind und bleiben, ausdrücklich darum, wie um eine besondere Vergünstigung, nachsuchen dürfen, daß ihnen gestattet werde, die Tutel über ihre unmündigen Kinder, oder Enkel zu übernehmen. Nur müssen sie sich dann, im Interesse der Pupillen, gewissen bestimmten Beschränkungen und Verpflichtungen unterwerfen. Auf sonstige persönliche, individuelle Fähigkeit und Tüchtigkeit der zu Tutoren berufenen Personen kam es allerdings, in der ältesten Zeit, wo die Tutel noch rein als ein Recht der Agnaten galt, zunächst nicht an, indem dem Untüchtigen nur Jemand beigegeben wurde, der für ihn verwaltete. Aber freilich hat sich das geändert, seitdem die Tutel mehr aus dem Gesichtspunkte eines munus publicum beurtheilt wurde. Denn seitdem wird ein zur Administration Unfähiger gar nicht zur Uebernahme einer Tutel zugelassen.

Jedenfalls kann nicht Jeder, der Lust dazu hat, die Tutel über den in Frage stehenden Unmündigen übernehmen, sondern nur derjenige, welcher dazu, auf irgend eine Weise, berufen ist. Delatio tutelae. Diese Delation schloß sich nun sehr genau, ihren Gründen nach, an die Delation einer Erbschaft an,

so wie überhaupt die Tutel mit der dereinstigen Beerbung des Pupillen im genauesten Zusammenhange stand und diese gewissermaaßen nur dem Tutor sichern sollte.

Zunächst war nämlich die Tutel, ganz ihrem ursprünglichen Zwecke und Charakter gemäß, von dem Gesetze selbst deferirt denjenigen männlichen Verwandten, welche den nächsten Anspruch auf den Nachlaß des Pupillen, wenn er sterben sollte, haben würden. Legitima tutela. Danach war ursprünglich zur Tutel über einen Freigeborenen dessen nächster Agnat berufen. Legitima agnatorum tutela. Späterhin kamen noch, durch Gewohnheit und interpretatio, hinzu die patronorum, parentum, fiduciaria tutela. Der Prätor modificirte zwar das Intestaterbfolgerecht bedeutend, indem er auch Cognaten zur Succession berief. Allein das hatte zunächst und lange Zeit auf die Delation der Tutel keinen Einfluß, indem diese rein nach dem Civilrechte beurtheilt wurde. Im Justinianeischen Rechte dagegen, seit der gänzlichen Umgestaltung der Intestaterbfolge durch das Civilrecht, sind auch die Cognaten zur Tutel berufen. Legitima cognatorum tutela.

Gerade so, wie der Eintritt der gesetzlichen Erbfolge, schon seit den Zwölftafelgesetzen, durch die Errichtung eines Testamentes ausgeschlossen werden kann, eben so kann, nach demselben Grundsatze, der parens in seinem Testamente, neben seinem Vermögen, pecunia, auch mit über die tutela verfügen, d. h. für seinen, in der unmittelbaren potestas befindlichen, unmündigen filiusfamilias den künftigen Tutor zum Voraus bestimmen. Durch diese testamentaria tutela (auch oft dativa tutela in diesem Sinne genannt,) schließt er dann die legitima tutela aus. Daher auch die durchlaufende Analogie und Aehnlichkeit der testametaria hereditas und der testamentaria tutela. Namentlich kann nur derjenige, welcher im Testamente zum Erben eingesetzt werden kann, im Testamente zum Tutor ernannt werden. Daher ferner ist die testamentaria tutela, wie die testamentaria hereditas, insofern ausschließlich, als nicht daneben zugleich auch die legitima tutela eintreten kann. Darum ferner kann im Testamente Niemand blos für einzelne Geschäfte, sondern immer nur für die ganze Verwaltung zum Tutor ernannt werden. Daher endlich geht der testamentarius tutor allen, von dem

Gesetze Gerufenen unbedingt vor und wird überhaupt ganz besonders begünstigt; was sich theils aus dem Rechte der patria potestas erklärt, theils aus der sehr natürlichen Vermuthung, daß der eigene Vater, weil er das nächste eigene Interesse dabei hat, die sorgfältigste Wahl treffen werde. Wenn an den angegebenen Voraussetzungen der testamentaria tutela etwas mangelt, indem z. B. das Testament ungültig, oder der Pupill emancipirt, oder nicht der Vater, sondern die Mutter den Tutor ernennt, so hatte, nach dem alten Rechte, die ganze testamentarische Ernennung des Tutors gar keine Wirksamkeit. Späterhin kam jedoch der Grundsatz auf, daß eine solche unvollkommene Bestellung wenigstens durch nachfolgende Confirmation der Obrigkeit mittelst eines Decretes, den Umständen nach, praevia causae cognitione, gültig werden könne.

Sollte endlich weder der Vater im Testamente für die Ernennung eines Tutors gesorgt haben, noch ein tutor legitimus vorhanden sein, so haben gewisse Obrigkeiten das Recht, und, wenn sie durch einen Antrag, oder eine Aufforderung dazu, förmlich auf die Vormundschaftsbedürftigkeit des bestimmten Unmündigen aufmerksam gemacht worden sind, sogar die Pflicht, ein taugliches Individuum aus der Zahl der römischen Bürger zu wählen und zum Tutor zu bestellen. Dativa tutela, in diesem, allerdings gewöhnlicheren Sinne des Wortes. Es hat sich übrigens dieses obrigkeitliche Bestellungsrecht, welches ursprünglich gar nicht existirte und namentlich nicht schon von selbst in der jurisdictio, oder in dem sonstigen imperium eines magistratus lag, erst später ausgebildet, indem es allmählig, durch mancherlei leges, Senatusconsulta und kaiserliche Constitutionen, bestimmten Obrigkeiten besonders verliehen worden ist. Dahin gehört die lex Atilia, welche für Rom dem praetor urbanus, mit Zuziehung der major pars tribunorum plebis, als eines ständigen consilium des Prätors in Vormundschaftssachen, das Bestellungsrecht gewährte. Die etwas spätere lex Julia et Titia verlieh es für die Provinzen dem praeses provinciae. Daraus erklärt sich denn auch der Name Atilianus tutor für dativus tutor. Unter der Kaiserregierung wurden auch manche andere magistratus zur datio tutorum ermächtigt und eine Zeit lang gab es sogar besondere praetores tutelares. Außer-

dem ist von den Gesetzen mehrfach dafür gesorgt, daß die Obrigkeit an die Bestellung eines Tutors, wo sie nöthig erscheint, erinnert werde. Denn es gilt nicht blos Jeder zu einer solchen Erinnerung für berechtigt, sondern es sind sogar, seit Septimius Severus, gewisse nahe Angehörige des Pupillen, besonders die Mutter, Großmutter und die nächsten Intestaterben, gesetzlich verpflichtet, binnen Jahresfrist, von dem Augenblicke gerechnet, wo die Bestellung nothwendig wurde, um Bestellung eines Tutors bei der Obrigkeit nachzusuchen, auch zugleich eine taugliche Person dazu vorzuschlagen. Petitio tutoris. Versäumen jene Angehörigen diese Pflicht schuldvoll, so verlieren sie, wenn der Pupill noch in der Unmündigkeit verstirbt, ihre Erbansprüche.

Allerdings sind die tutores dativi, namentlich die Atiliani, regelmäßig bleibend für die ganze Dauer der Vormundschaft bestellt. Doch können sie auch für einzelne Geschäfte und Fälle bestellt werden, so wie interimistisch, namentlich, wenn es noch zweifelhaft ist, ob es zur tutela testamentaria kommen werde.

Illud semper constitit, praesidem posse tutorem dare — ignoranti et invito. Gai. in fr. 5 et 6. D. XXVI, 5. de tutoribus et curatoribus datis ab his, qui jus dandi habent.

Tutelam administrare, virile munus est, et ultra sexum femineae infirmitatis tale officium est. Alexand. in c. 1. C. V, 35. quando mulier tutelae officio fungi potest.

Matres, quae, amissis viris, tutelam administrandorum negotiorum in liberos postulant, priusquam confirmatio officii talis in eas jure eveniat, fateantur actis, sacramento praestito, ad alias nuptias se non venire. Valent. Theodos. et Arcad. c. 2. C. eod.

Testamento quoque nominatim tutores dati confirmantur eadem lege duodecim tabularum, his verbis: uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto. Qui tutores dativi appellantur. Ulpian. Fragm. XI, 14.

Permissum est itaque parentibus, liberis impuberibus, quos in potestate habent, testamento tutores dare. Et hoc in filios filiasque procedit omnimodo, nepotibus vero neptibusque ita demum parentes possunt testamento tutores dare, si post mortem eorum in potestatem patris sui non sunt recasuri. §. 3. Inst. I, 13. de tutelis.

Quibus autem testamento tutor datus non sit, his ex lege duodecim tabularum agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi.

Cum autem ad agnatos tutela pertineat, non simul ad omnes pertinet, sed ad eos tantum, qui proximiore gradu sunt, vel si ejusdem gradus sunt, ad omnes. Pr. et §. 7. Inst. I, 15. de legitima agnatorum tutela.

Eadem lege duodecim tabularum libertorum et libertarum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet, quae et ipsa legitima tutela vocatur. Pr. Inst. I, 17. de legitima patronorum tutela.

Exemplo patronorum recepta est et alia tutela, quae et ipsa legitima vocatur. Nam, si quis filium aut filiam, nepotem aut neptem ex filio et deinceps impuberes emancipaverit, legitimus eorum tutor erit. Inst. lib. I. tit. 17, de legitima patronorum tutela.

Est et alia tutela, quae fiduciaria appellatur. Nam, si parens filium vel filiam, nepotem vel neptem, vel deinceps impuberes manumiserit, legitimam nanciscitur eorum tutelam: quo defuncto, si liberi virilis sexus exstant, fiduciarii tutores filiorum suorum, vel fratris, vel sororis, et ceterorum efficiuntur. Inst. lib. I. tit. 19. de fiduciaria tutela.

Ex his autem, quae de hereditate diximus et disposuimus, etiam ea, quae ad tutelam pertinent clara sunt. Sancimus enim, ut unusquisque eo gradu et ordine, quo ad hereditatem vel solus, vel cum aliis vocatur, etiam munus tutelae suscipiat, neque ulla differentia neque hac in parte ex jure agnationis, aut cognationis introducatur, sed omnes similiter ad tutelam vocentur, cum ii, qui per masculos, tum ii, qui per feminas impuberibus junguntur. Justinianus in Nov. 118. cap. 5.

Si cui nullus omnino tutor fuerat, ei dabatur, in urbe quidem Romae, a praetore urbano et majore parte tribunorum plebis tutor, ex lege Atilia, in provinciis vero a praesidibus provinciarum, ex lege Julia et Titia. Sed, et si testamento tutor sub conditione, aut die certo datus fuerat, quamdiu conditio, aut dies pendebat, ex iisdem legibus tutor dari poterat. Item, si pure datus fuerat, quamdiu nemo ex testamento heres existat, tamdiu ex his legibus tutor petendus erat, qui desinebat tutor esse, si conditio extiterit, aut dies venerit, aut heres extiterit. — Sed ex his legibus tutores desierunt pupillis dari, posteaquam primo consules pupillis utriusque sexus tutores ex inquisitione dare coeperunt, deinde praetores ex constitutionibus. Nam supra scriptis legibus neque de cautione a tutoribus exigenda, rem salvam pupillis fore, neque de compellendis tutoribus ad tutelae administrationem, quidquam cavetur. Pr. §. 1—3. Inst. I, 20. de Atiliano tutore.

§. 186.

Die Amtsthätigkeit des Tutors im Allgemeinen.

Inst. lib. I. tit. 25. de excusatione tutorum vel curatorum. — Dig. lib. XXVII. tit. 1. de excusat. tit. vel cur. — Cod. lib. V. tit. 62. de excusat. tut. vel cur. — Dig. lib. XXVII. tit. 2. ubi pupillus educari vel morari debeat et de alimentis ei praestandis. — Cod. lib. V. tit. 49. ubi pupilli educari debeant. tit. 50. de alimentis pupillo praestandis. — Inst. lib. I. tit. 21. de auctoritate tutorum. — Dig. lib. XXVI. tit. 8. de auctoritate et consensu tutorum et curatorum. — Cod. lib. V. tit. 59. de auctoritate praestanda.

Derjenige, welcher erfahren, daß ihm die Tutel rechtsgültig deferirt worden, ist regelmäßig auch streng verpflichtet, derselben sich sofort zu unterziehen, indem von da an seine Verantwortlichkeit aus der Vormundschaft beginnt. Doch darf er allerdings ausnahmsweise die Vormundschaftsübernahme ablehnen, wenn er einen der ausdrücklich von den Gesetzen, in dieser Beziehung, gebilligten Gründe, excusationes genannt, in der gesetzlich vorgeschriebenen Zeit, bei der competenten Obrigkeit vorbringt und, innerhalb einer anderen, ebenfalls gesetzlich vorgeschriebenen Zeit, gehörig darthut. Wer, wie die Mutter und Großmutter des Unmündigen, gar nicht zunächst zur Tutel berufen ist, sondern die Zulassung dazu nur als besondere Vergünstigung erbitten kann, bedarf natürlich keiner excusatio.

Die Amtsthätigkeit des Tutor, nach übernommener Vormundschaft, erstreckt sich auf eine allgemeine Fürsorge, sowohl für die Person, als für das Vermögen des Pupillen. Der unmittelbaren Sorge für die eigentliche Erziehung des Pupillen ist er sehr oft, durch besondere Anordnungen des Vaters, oder der Obrigkeit, ganz, oder theilweise überhoben. Aus seinen eigenen Mitteln ist der Tutor, als solcher, nie verbunden, den etwa dürftigen oder ganz mittellosen Pflegbefohlenen zu unterstützen, oder zu erhalten. Allein eben so wenig hat an sich und im Allgemeinen der etwa wohlhabende Pupill eine solche Verpflichtung gegen den Tutor.

So lange der Pupill noch infans ist, hat er juristisch noch gar keinen Willen, kann also noch gar nicht selber Handlungen vornehmen. Daher bleibt so lange dem Tutor nichts übrig, als Alles, was im Interesse des Pupillen geschehen muß, selber und allein, ohne unmittelbare Mithinzuziehung des Pupillen, vorzunehmen, negotia pupilli gerere. Ist dage-

gen der Mündel über das Alter der infantia hinaus, so hat er juristisch zwar schon einen Willen, aber, insofern von direct, oder indirect zu übernehmenden Vermögensverpflichtungen die Rede ist, nur einen unvollständigen Willen, der also ergänzt werden muß. Zu dieser Ergänzung dient eben die bereits oben [1]) erwähnte auctoritatis interpositio von Seiten des Tutors, in Gefolge welcher er zwar mit dem Pupillen zusammen das Geschäft vornimmt, doch so, daß der Pupill selbst dabei als die eigentlich und zunächst handelnde Hauptperson erscheint. Tutor auctor fit negotio. Daraus erklärt sich denn auch die strenge, eigenthümliche Form, in welcher die Interposition der vormundschaftlichen auctoritas von dem Tutor, zwar nicht mit solennen Worten, aber doch in Person, gleichzeitig mit der vom Pupillen vorzunehmenden Rechtshandlung, mündlich und unbedingt geschehen muß, um Wirksamkeit zu erhalten. Darum kann auch der Tutor, bei Rechtsgeschäften, bei welchen er selber, in irgend einer Beziehung, als Partei pecuniär interessirt ist, nicht wirksam auctoritatem interponiren, nicht in rem suam auctor werden. Regelmäßig und im Uebrigen hat nun der Tutor allerdings die Wahl, ob er allein für den Pupillen handeln, oder diesen selber handeln lassen und dann nur daneben seine auctoritas interponiren will. Doch leidet das eine natürliche Ausnahme bei solchen Rechtsgeschäften und Handlungen, welche, ihrer eigenthümlichen strengen Natur nach, weil sie durchaus keinen Stellvertreter zulassen, quia procuratorem non recipiunt, von dem Pupillen selbst, und darum immer von ihm in eigener Person, vorgenommen werden müssen.

Sind, was an sich ganz statthaft ist, mehrere Mitvormünder neben einander bestellt, so kann, wenigstens nach dem neueren römischen Rechte, jeder Tutor selbstständig für sich allein, ohne Zuziehung der übrigen, vormundschaftlich handeln, was früherhin nur den testamentarischen Tutoren gestattet war. Nur zu solchen Rechtsgeschäften, wodurch der ganzen Tutel ein Ende gemacht werden soll, wie z. B. zur Arrogation des Pupillen, müssen sämmtliche Vormünder vereinigt mitwirken. Nicht selten ist übrigens einem oder mehreren der Mitvormünder vorzugsweise die Administration der Tutel übertragen. Diese heißen dann tu-

[1]) S. §. 183.

tores gerentes, im Gegensatze der übrigen, welche dann honorarii genannt werden. Auch letztere sind indessen verantwortliche Vormünder und haben namentlich die Verbindlichkeit, die gerentes fortwährend, in gewisser Beziehung, mit zu beaufsichtigen.

Ex quo innotuit tutori, se tutorem esse, scire debet, periculum tutelae ad eum pertinere. Ulpian. in fr. 5. §. 10. D. XXVI, 7. de adm. et periculo tut.

Id enim a Divo Marco constitutum est, ut qui scit, se tutorem datum, nec excusationem, si quam habet, allegat intra tempora praestituta, suo periculo esset. Ulpian. in fr. 1. §. 1. D. XXVI, 7. de administr. tut.

Excusantur autem tutores vel curatores variis ex causis. Plerumque autem propter liberos. Si enim tres liberos superstites Romae quis habeat, vel in Italia quatuor, vel in provinciis quinque, a tutela vel cura potest excusari. — Item Divus Marcus in semestribus rescripsit, eum, qui res fisci administrat, a tutela vel cura, quamdiu administrat, excusari posse. Item, qui reipublicae causa absunt, a tutela et cura excusantur. — Qui autem excusare se volunt, non appellant, sed intra dies quinquaginta continuos, ex quo cognoverunt, excusare se debent, si intra centesimum lapidem sunt ab eo loco, ubi tutores dati sunt. Si vero ultra centesimum habitant, dinumeratione facta viginti millium diurnorum et amplius triginta dierum. Quod tamen, ut Scaevola dicebat, sic debet computari, ne minus sint, quam quinquaginta dies. Pr. §. 1. 2. et 16. Inst. I, 25. de excusationibus tutorum vel curatorum.

Sed, si egeni sunt pupilli, de suo eos alere tutor non compellitur. Ulpian. in fr 3. §. 6. D. XXVII, 2. ubi pupillus educari debeat.

Tutoris praecipuum est officium, ne indefensum pupillum relinquat. Marcellus in fr. 30. D. XXVI, 7. de admin. et peric. tut.

Pupillorum pupillarumque tutores et negotia gerunt, et auctoritatem interponunt. Ulpian. Fragm. tit. XI. §. 25.

Auctoritas autem tutoris in quibusdam causis necesaria pupillis est, in quibusdam non est necessaria. Ut ecce, si quid dari sibi stipuletur, non est necessaria tutoris auctoritas: quod si aliis pupilli promittant, necessaria est. Namque placuit, meliorem quidem suam conditionem licere eis facere etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter, quam tutore auctore. — Tutor autem statim, in ipso negotio, praesens, debet auctor fieri, si hoc pupillo prodesse existimaverit. Post tempus vero, aut per epistolam interposita auctoritas nihil agit. Si inter tutorem pupillumque judicium agendum sit, quia ipse tutor in rem suam auctor esse non potest, non praetorius tutor, ut olim,

constituitur, sed curator in locum ejus datur, quo interveniente judicium peragitur, et eo peracto curator esse desinit. Pr. §. 2. et 3. Inst. I, 21. de auctoritate tutorum.

§. 187.

Die Vermögensverwaltung und die Pflichten des Tutors daraus insbesondere.

Inst. lib. I. tit 24. de satisdatione tutorum vel curatorum. — Dig. lib. XXVI. tit. 7. de administratione et periculo tutorum et curatorum. — Cod. lib. V. tit. 37. de adm. et peric. tut. et curat. tit. 38. de periculo tutorum et curatorum. — Dig. lib. XXVII. tit. 9. de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt. — Cod. lib. V. tit. 71. de praedlis et allis rebus minorum sine decreto non alienandis vel obligandis. tit. 72. quando decreto opus non est. — Dig. lib. XXVII. tit. 3. de tutelae et rationibus distrahendis. — Cod. lib. V. tit. 51. arbitrium tutelae. — Dig. lib. XXVII. tit. 4. de contraria tutelae et utili actione. — Cod. lib. V. tit. 58. de contrario judicio tutelae.

Als die tutela noch ein bloßes Recht des Vormundes war, verwaltete dieser das Pupillenvermögen sehr frei und unbeschränkt. Nur wahre Schenkungen aus dem Mündelvermögen waren ihm unbedingt verboten. Auch machte ihn dolus von jeher verantwortlich, unterwarf ihn sogar einer besonderen, aus den zwölf Tafeln abgeleiteten actio rationibus distrahendis. Seitdem aber der Gesichtspunkt von der Tutel, als einem öffentlichen Amte, sich geltend gemacht hatte, wurde die ehemalige Verwaltungsfreiheit des Tutors immer mehr beschränkt, und, im gleichen Verhältnisse, die Verantwortlichkeit desselben aus der Administration erhöht.

Ersteres zeigte sich besonders bei Veräußerungen von Mündelsachen. Denn der Tutor darf, seit Septimius Severus, (oratio Severi,) gewisse Grundstücke des Pupillen, die praedia rustica und suburbana, nicht mehr selbstständig veräußern, sondern nur dann, wenn ein obrigkeitliches Decret, praevia causae cognitione, die Alienation im einzelnen Falle für nothwendig erklärt und dem gemäß speciell gestattet. Durch Constantin, und noch allgemeiner durch Justinian, wurde dieses Veräußerungsverbot auf alle Mündelsachen, mit wenigen Ausnahmen, ausgedehnt. Die größere Verantwortlichkeit des Tutors äußert sich ferner darin, daß er auch schon für culpa haftet, nach niedergelegter Tutel das Mündelvermögen, unter

Grundlegung eines Inventares, welches er davon, zu diesem Zwecke, gleich bei der Uebernahme der Vormundschaft, mit Zuziehung öffentlicher Personen, anfertigen muß, abzuliefern und bei dieser Gelegenheit seinem bisherigen Mündel, unter Mitwirkung von dessen Curator, über seine ganze bisherige Amtsverwaltung Rechnung abzulegen verpflichtet ist.

Auf diese Weise entstehen aus der Administration mancherlei Forderungsansprüche des Mündels gegen seinen bisherigen Vormund, welche die Römer, in ihrem Obligationensysteme, quasi ex contractu ableiten. Sie können von dem Mündel gegen den Tutor, nach der Analogie des Mandates und der mandati actio, mit der tutelae actio (directa) verfolgt werden. Zur Sicherung des Pupillen in dieser Beziehung für die Zukunft dient vorerst die cautio, rem pupilli salvam fore, welche, nach dem Edicte des Prätors, die berufenen Tutoren, mit Ausnahme der testamentarii und der von einem höheren Magistratus cum inquisitione dati, gleich bei ihrem Antritte, zu leisten haben. Dazu kommt, im neueren römischen Rechte die dem Pupillen schon stillschweigend von den Gesetzen, zur Sicherung seiner Ansprüche aus der Vormundschaft, eingeräumte Hypothek an dem ganzen Vermögen des Tutors. Außerdem droht dem treulos befundenen Vormunde infamia. Sind mehrere Mitvormünder da, so haften sie sämmtlich dem Mündel, soweit sie irgend ein Vorwurf trifft, sei es, weil sie selber schlecht, oder nachlässig verwaltet, oder sei es, weil sie es versäumt haben, pflichtgemäß ihre Mitvormünder als verdächtig, suspect, zu denunciren. Insoweit sie ein gleicher Vorwurf trifft, haften sie solidarisch. Selbst gegen den magistratus, welcher, bei der ihm obliegenden Bestellung des Tutors, oder sonst bei dessen Beaufsichtigung, irgend etwas, was ihm im Interesse des Pupillen gesetzlich oblag, schuldvoll versäumt hat, steht dem Pupillen, im Nothfalle, wenn er von den verantwortlichen Vormündern selbst und deren Bürgen seine Entschädigung nicht zu erlangen vermag, die utilis actio tutelae, als Entschädigungsklage, zu.

Umgekehrt kann indessen auch der Tutor seinerseits zuweilen aus der Vormundschaft gegen den bisherigen Pupillen Forderungen erwerben, namentlich auf Ersatz von gewissen, für den Pupillen gemachten Verwendungen und auf Befreiung von ge-

wiſſen, pflichtmäßig für den Pupillen übernommenen Laſten. Zur Geltendmachung dieſer Anſprüche hat er dann eine contraria tutelae actio, wieder quasi ex contractu abgeleitet und nach der Analogie der contraria mandati actio. Einen Anſpruch auf Honorar für ſeine Mühewaltung, als ſolche, hat der Tutor in der Regel nicht, ſondern nur ausnahmsweiſe, wenn ihm ein ſolches, aus beſonderen Gründen, vom Vater des Pupillen, oder von der Obrigkeit zugebilligt worden iſt.

Sed, si ipsi tutores rem pupilli furati sunt, videamus, an ea actione, quae proponitur ex lege duodecim tabularum adversus tutorem in duplum, singuli in solidum teneantur. Tryphoninus in fr. 55. §. 1. D. XXVI, 7. de administratione et periculo tutorum.

Imperatoris Severi oratione prohibiti sunt tutores et curatores, praedia rustica vel suburbana distrahere. Ulpian. in fr. 1. pr. D. XXVII, 9. de rebus eor., qui sub tut.

Jam ergo venditio tutoris nulla sit sine interpositione decreti; exceptis his duntaxat vestibus, quae detritae usu, seu corruptae servando servari non potuerint. Animalia quoque supervacua, quamvis minorum, quin veneant, non vetamus. Constantinus in c. 22. C. V, 37. de administratione tutorum.

In omnibus, quae fecit tutor, quum facere non deberet, item in his, quae non fecit, rationem reddet hoc (tutelae) judicio, praestando dolum, culpam, et quantam in suis rebus diligentiam. Ulpian. in fr. 1. pr. D. XXVII, 3. de tutelae et rationibus distrahendis.

Tutores quoque, qui tutelae judicio tenentur, non proprie ex contractu obligati intelliguntur. Nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur. Sed, quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. Et hoc autem casu mutuae sunt actiones. Non tantum enim pupillus cum tutore habet tutelae actionem, sed et ex contrario tutor cum pupillo habet contrariam tutelae, si vel impenderit aliquid in rem pupilli, vel pro eo fuerit obligatus, aut rem suam ejus creditori obligaverit. §. 2. Inst. III, 27. de oblig., quae quasi ex contr.

Illo procul dubio observando, ut non audeat tutor, vel curator, res pupillares vel adulti aliter attingere, vel ullam sibi communionem ad eas vindicare, nisi prius inventario publice facto, secundum morem solitum, res ei tradantur, nisi testatores, qui substantiam transmittunt, specialiter inventarium conscribere vetuerint. Scituris tutoribus et curatoribus, quod si inventarium facere neglexerint, et quasi suspecti ab officio removebuntur, et poenis legitimis, quae contra eos interminatae sunt, subjacebunt, et postea perpetua macula infamiae notabuntur, neque ab impe-

riali beneficio absolutione hujus notae fruituri. Justinianus in c. ult. §. 1. C. V, 51. arbitrium tutelae.

Ne tamen pupillorum pupillarumve et eorum, qui quaeve in curatione sunt, negotia a tutoribus curatoribusve consumantur, aut deminuantur, curat praetor, ut et tutores et curatores eo nomine satisdent. Sed hoc non est perpetuum. Nam tutores testamento dati satisdare non coguntur, quia fides eorum et diligentia ab ipso testatore probata est; item ex inquisitione tutores vel curatores dati satisdatione non onerantur, quia idonei electi sunt. Pr. Inst. I, 24. de satisdatione tutor., vel curat.

Sciendum est autem, non solum tutores, vel curatores pupillis et adultis ceterisque personis ex administratione teneri, sed etiam in eos, qui satisdationes accipiunt, subsidiariam actionem esse, quae ultimum eis praesidium possit offerre. Subsidiaria autem actio datur in eos, qui vel omnino a tutoribus, vel curatoribus satisdare non curaverint, aut non idonee passi essent caveri. §. 2. Inst. eod.

Pro officio administrationis, tutoris, vel curatoris bona, si debitores existant, tamquam pignoris titulo minores sibimet vindicare, minime prohibentur. Imp. Constantinus in c. 20. C. V, 37. de administratione tutorum.

§. 188.

Aufhebung der Tutel.

Inst. lib. I. tit. 22. quibus modis tulela finitur tit. 26. de suspectis tutoribus vel curatoribus. — Dig. lib. XXVI. tit. 10. de suspectis tutor. vel cur. — Cod. lib. V. tit. 26. de susp. tut. vel cur. tit. 60. quando tutores vel curatores esse desinant.

Kommt der bisherige Pupill durch seinen Tod, durch irgend eine capitis deminutio, welche er erleidet, oder dadurch, daß er die Pubertät erreicht, in die Lage, für die Zukunft überhaupt keines Tutors mehr zu bedürfen, so fällt, mit ihrem Grunde, natürlich von jetzt an die ganze bisherige Tutel von selbst hinweg.

Doch kann es sich allerdings auch ereignen, daß, während das Bedürfniß der Tutel für den Pupillen immer noch fortbesteht, nur die Person des bisherigen Tutors, aus irgend einem Grunde, wegfällt. Dann muß, wenigstens da, wo nur ein einziger Tutor vorhanden war, sofort ein anderer substituirt werden, was, nach neuerem römischen Rechte, immer durch obrigkeitliche Ernennung geschieht. Der Grund eines solchen Wegfalles kann übrigens liegen theils in dem Tode des Tutors, theils in einer magna capitis deminutio, welche er erleidet, nicht aber in einer

minima capitis deminutio, indem auch ein filiusfamilias Tutor sein kann, theils endlich in einer sonstigen, späterhin eintretenden Unfähigkeit, oder sich offenbarenden Untüchtigkeit des Tutors. Namentlich berechtigt, ja verpflichtet, sogar jeder Verdacht der Pflichtwidrigkeit des Tutors die Obrigkeit, gegen den verdächtigen Tutor mit einer Untersuchung vorzuschreiten und ihn, im Gefolge davon, den Umständen nach abzusetzen, zu removiren. Das kann geschehen auf den Antrag eines Mitvormundes, oder irgend eines Anderen, indem eine solche suspecti tutoris postulatio eine quasi publica accusatio ist. Es kann aber auch die Remotion schon von Amtswegen verfügt werden. Dabei wird zwar, auf der einen Seite, im Interesse sowohl des Pupillen, als des ganzen Staates, insofern große Strenge angewendet, als schon bloße Unregelmäßigkeiten, ohne bösen Willen des Tutors, eine Absetzung rechtfertigen, und als erwiesener Dolus dem abgesetzten Vormunde sogar eine infamia zuzieht. Allein umgekehrt wird auch, auf der anderen Seite, wo jenes Interesse darunter nicht leidet, oft eine besonders schonende Rücksicht auf die Person und Familie des Tutors genommen. Denn, ist der unfähig, oder untüchtig gewordene Tutor der eigene Vater, oder sonst ein naher Verwandter des Pupillen, so läßt man ihm den bisherigen Namen eines Tutors, und macht ihn nur dadurch unschädlich, daß man ihm einen Tutor beigiebt, der statt seiner administrirt. Nur die Mutter und Großmutter, als Vormünderin, wenn sie wieder heirathet, wird immer ganz entfernt. Die beliebige, freiwillige Niederlegung der Tutel, abdicatio, welche sonst wenigstens dem testamentarischen Tutor unbedingt frei stand, ist, nach dem neueren Rechte, allen Tutoren nur aus besonderen, genau bestimmten, gesetzlichen Gründen, und auch da nur unter Mitwirkung der Obrigkeit, gestattet.

Pupilli pupillaeque, cum puberes esse coeperint, a tutela liberantur.

Item finitur tutela, si arrogati sunt ahuc impuberes, vel deportati. Item, si in servitutem pupillus redigatur, vel ab hostibus fuerit captus.

Simili modo finitur tutela morte, vel tutorum, vel pupillorum. Sed et capitis deminutione tutoris, per quam libertas, vel civitas ejus amittitur, omnis tutela perit. Minima autem capitis deminutione tutoris, veluti si se in adoptionem dederit, legitima

tantum tutela perit, ceterae non pereunt. Sed pupilli et pupillae capitis deminutio, licet minima sit, omnes tutelas tollit. Praeterea, qui ad certum tempus testamento dantur tutores, finito eo, reponunt tutelam.

Desinunt autem esse tutores, qui vel removentur a tutela ob id, quod suspecti visi sunt, vel ex justa causa sese excusant, et onus administrandae tutelae deponunt. Pr. — §. 6. Inst. I, 22. quibus modis tutela finitur.

Sciendum est, suspecti crimen ex lege duodecim tabularum descendere. Datum est autem jus removendi suspectos tutores Romae praetori, et in provinciis praesidibus earum, et legato proconsulis. Ostendimus, qui possunt de suspecto cognoscere. Nunc videamus, qui suspecti fieri possunt. Et quidem omnes tutores possunt, sive testamentarii sint, sive alterius generis tutores. Qua re et si legitimus sit tutor, accusari poterit. Quid? si patronus? adhuc idem erit dicendum; dummodo meminerimus, famae patroni parcendum, licet, ut suspectus, remotus fuerit.

Consequens est, ut videamus, qui possunt suspectos postulare. Et sciendum est, quasi publicam esse hanc actionem, hoc est, omnibus patere. Quinimo et mulieres admittuntur, ex rescripto Divorum Severi et Antonini, sed hae solum, quae, pietatis necessitudine ductae, ad hoc procedunt, ut puta mater; nutrix quoque et avia possunt. — Impuberes non possunt tutores suos suspectos postulare. — Suspectus est autem, qui non ex fide tutelam gerat, licet solvendo est, ut Julianus quoque rescripsit. — Suspectus autem remotus, si quidem ob dolum, famosus est, si ob culpam, non aeque. Pr. §. 1, 2. 3. 5. 6. Inst. I, 26. de suspectis tutoribus vel curatoribus.

II.

Mulierum tutela.

§. 189.

Gai. Comm. lib. I. §. 190. sq.

Nach dem älteren römischen Rechte soll eine Frauensperson, auch nach erreichter Mündigkeit, schon ihres Geschlechtes wegen, lebenslänglich, unter dem Namen eines Tutors, eines männlichen Beistandes bedürfen, wenn sie nicht irgend einem jus, einer Familiengewalt, der väterlichen Gewalt, oder der manus mariti, unterworfen ist, und darin ihre Vertretung findet.

Es könnte zwar, nicht ohne Schein, der Grund dieses Prin-

cipes gesucht werden in der Idee von der sittlichen Bestimmung des weiblichen Geschlechtes, und von der ihm geziemenden Zurückgezogenheit von bürgerlichen Geschäften, oder in der Erfahrung, daß Frauenspersonen nicht gehörig fähig seien, ihre eigenen bürgerlichen Angelegenheiten allein zu besorgen. Allein die Römer selbst, namentlich Gaius, verhehlen es nicht, daß der eigentliche wahre geschichtliche Grund der mulierum tutela, ganz der allgemeinen Tendenz der alten tutela gemäß, in interessirten Familienrücksichten der Agnaten lag. Denn es sollte dadurch mittelbar verhütet werden, daß das Vermögen der Frauenspersonen aus der Familia herauskomme, und dadurch der gesetzlichen Agnaten-Erbfolge ganz, oder zum Theil entzogen werde.

Daraus erklärt sich nun auch die ganze eigenthümliche Richtung dieser tutela perpetua mulierum. Darum namentlich waren von jeher die vestalischen Jungfrauen von ihr frei, weil sie überhaupt nicht von den Agnaten ab intestato beerbt wurden. Darum ferner stand die tutela zwar auch hier, als Familienrecht, den nächsten Agnaten zu. Allein es hatten die Tutoren kein eigentliches Verwaltungsrecht, sondern nur die Befugniß, daß ohne ihre auctoritas keine bedeutenderen Vermögensverpflichtungen von den Frauenspersonen übernommen, oder Veräußerungen unter den Lebenden, oder auf den Todesfall von ihnen vorgenommen werden durften.

Deferirt wurde die mulierum tutela im Ganzen eben so, wie die impuberum tutela. Vorerst konnte nämlich in seinem Testamente der Parens seiner filiafamilias und der Ehemann seiner Frau, die er in manu hatte, den tutor ernennen. Selbst die eigene Wahl des Tutors, tutoris optio, konnte so im Testamente der Frau zugewendet werden. In Ermangelung des testamentarius tutor, war, im Gefolge der legitima tutela, der nächste männliche Agnat zum Tutor berufen, und diese legitimi tutores erschienen den Frauenspersonen weit lästiger, als andere, weil gerade sie ein größeres, eigenes Interesse dabei hatten, ihre Pflegbefohlenen zu beschränken. In Ermangelung eines anderen Delationsgrundes, kam es endlich auch hier zu einer dativa tutela.

So ernstlich es nun auch in der älteren Zeit mit dieser Geschlechtstutel gemeint war, so verlor sie doch allmählig ihren ursprünglichen, wahren Charakter. Schon die lex Papia Pop-

paea befreite einen großen Theil der verheiratheten Frauen gänzlich von einer solchen Tutel, nämlich wenn sie das jus liberorum hatten. Es bildeten sich außerdem mancherlei künstliche Auskunftsmittel, um Frauenzimmer wenigstens der lästigen gesetzlichen Tutel der Agnaten zu entziehen, und ihnen, nach ihrer eigenen Wahl, solche Tutoren zu verschaffen, durch welche sie sich wenig, oder gar nicht beschränkt fühlten. Dahin gehört z. B. die coëmtio fiduciae causa, evitandae tutelae causa, die tutoris optio, in ihren mancherlei Formen, die in jure cessio der Tutel u. s. w. Die lex Claudia machte überhaupt der ganzen agnatorum tutela für die Frauenzimmer ein Ende.

Nachdem auf diese Weise die Geschlechtstutel schon längst, als eine leere mißbrauchte Form, den Römern selbst zum Gespötte geworden, ist es eine sehr natürliche Erscheinung, daß wir sie unter der späteren Kaiserregierung, nach Diocletian, allmählig, auch dem Namen nach, ganz verschwinden sehen.

Feminas perfectae aetatis in tutela esse, fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur. Nam, quae vulgo creditur, quia levitate animi plerumque decipiuntur, et aequum erat, eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur, quam vera. Mulieres enim, quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant, et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam. — Eaque omnia ipsorum (tutorum legitimorum) causa constituta sunt, ut, quia ad eos intestatarum hereditates pertinent, neque per testamentum excludantur ab hereditate, neque, alienatis pretiosioribus rebus, susceptoque aere alieno, minus locuples ad eos hereditas perveniat. Gai. Comm. I. §. 190. et 192.

Tutores constituuntur tam masculis, quam feminis; sed masculis quidem impuberibus duntaxat, propter aetatis infirmitatem, feminis autem tam impuberibus, quam puberibus, et propter sexus infirmitatem, et propter forensium rerum ignorantiam. Ulpian. Fragm. tit. XI. §. 1.

Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus: si lege, aut legitimo judicio agant, si se obligent, si civile negotium gerant, si libertae suae permittant, in contubernio alieni servi morari, si rem mancipi alienent. Ulpian. Fragm. tit. XI. §. 27.

Obervandum praeterea est, ut, si mulier, quae in tutela sit, faciat testamentum, auctoribus iis, quos tutores habet, facere debeat; alioquin inutiliter jure civili testabitur. Gai. Comm. IV, §. 118.

Pupillorum pupillarumque tutores et negotia gerunt, et

auctoritatem interponunt, mulierum autem tutores auctoritatem duntaxat interponunt. Ulpian. Fragm. tit. XI. §. 25.

Itaque, si quis filio filiaeque testamento tutorem dederit, et ambo ad pubertatem pervenerint, filius quidem desinit habere tutorem, filia vero nihilo minus in tutela permanet. Tantum enim ex lege Julia et Papia Poppaea jure liberorum a tutela liberantur feminae. Loquimur autem exceptis virginibus Vestalibus, quas etiam veteres, in honorem sacerdotii, liberas esse voluerunt; itaque etiam lege duodecim tabularum cautum est. Gai. Comm. I. §. 145.

In persona tamen uxoris, quae in manu est, recepta est etiam tutoris optio, id est, ut liceat ei, quem velit ipsa, tutorem sibi optare, hoc modo: Titiae, uxori meae, tutoris optionem do. Quo casu licet uxori, vel in omnes res, vel in unam forte, aut duas optare. Ceterum aut plena optio datur, aut angusta. Idem I. §. 150. et 151.

Potest autem coëmtionem facere mulier non solum cum marito suo, sed etiam cum extraneo . . . aut matrimonii causa facta coëmtio dicitur, aut fiduciae. — Quae vero alterius rei causa facit cum extraneo, velut tutelae evitandae causa, dicitur fiduciae fecisse coëmtionem. Quod est tale. Si qua velit, quos habet tutores, reponere, ut alium nanciscatur . . . coëmtionem facit, deinde a coëmtionatore remancipata ei, cui ipsa velit, et ab eo vindicta manumissa, incipit eum habere tutorem, a quo manumissa est, qui tutor fiduciarius dicitur. Idem I. §. 114. et 115.

Sed olim quidem, quantum ad legem duodecim tabularum attinet, etiam feminae agnatos habebant tutores. Sed postea lex Claudia lata est, quae, quod ad feminas attinet, agnatorum tutelas sustulit. Idem I. §. 157.

Zweiter Titel.

Die cura, oder curatio.

§. 190.

Ihre Hauptarten.

Inst. lib. I. tit. 23. de curatoribus. — Dig. lib. XXVII. tit. 10. de curatoribus furioso et aliis extra minores dandis. — Cod. lib. V. tit. 70. de curatoribus furiosi vel prodigi.

Die verschiedenen Arten derjenigen Vormundschaft, welche cura hieß, haben sich erst allmählig, je nachdem ihr Bedürfniß fühlbar wurde, einige zwar schon sehr früh, vielleicht gleichzeitig mit der tutela, andere aber erst weit später entwickelt.

Am frühesten kam auf die cura furiosorum, mit der ihr zum Theil nachgebildeten cura prodigorum, quibus a praetore bonis interdictum est.

Weit späteren Ursprunges ist die cura minorum viginti quinque annis, die cura über Minderjährige. Sie hängt, ihrer ersten Grundlage nach, zusammen mit der lex Plaetoria, welche, um den so häufigen betrüglichen Verkürzungen junger, familienselbstständiger Leute, die zwar puberes, aber doch noch nicht über fünfundzwanzig Jahre alt waren entgegenzuarbeiten, auf indirectem Wege, die Minderjährigen für manche Fälle nöthigte, sich, als Beistand, einen Curator von der Obrigkeit zu erbitten. Denn es getraute sich sonst nicht leicht Jemand, sich mit ihnen in Geschäftsverbindung einzulassen, weil, nach dieser lex Plaetoria, wer gewisse Rechtsgeschäfte mit einem Minderjährigen, ohne Zuziehung eines solchen Curator, abschloß, sich einer Criminaluntersuchung und, in deren Folge, der infamia und gewissen anderen Strafen aussetzte. Obgleich nun dieses Plätorische Gesetz selbst späterhin außer Gebrauch kam, so hatte sich doch dafür, schon unter Marc Aurel, der Grundsatz gebildet, daß Minderjährige, auch ganz abgesehen von solchen besonderen Veranlassungen dazu, auch non redditis causis, einen Curator sich von der Obrigkeit geben lassen könnten und sollten. Sie brauchen nämlich dessen Beistand, consensus, zwar nicht gerade zu allen verpflichtenden Rechtsgeschäften, um sie mit voller Wirksamkeit abzuschließen, wohl aber zu gewissen, genau von den Gesetzen bestimmten, namentlich um Processe zu führen, ferner, um von dem abgehenden Tutor sich Rechnung ablegen und das bisher von ihm administrirte Vermögen herausgeben zu lassen. Dadurch waren sie also indirect genöthigt, sich selber einen solchen Curator von der Obrigkeit, wenigstens für dergleichen einzelne Rechtsgeschäfte, zu erbitten, wenn sie es nicht vorzogen, sich gleich einen bleibenden Curator bestellen zu lassen. Nur auf dergleichen bleibende Curatoren bezieht es sich, wenn es heißt: inviti minores curatores non accipiunt.

Auch abgesehen von diesen erwähnten Fällen, kann es nach neuerem römischen Rechte vorkommen, daß entweder einer gebrechlichen Person, oder einem sich sonst ganz ohne Administration befindenden Vermögen, nach vorausgegangener causae cognitio, von der Obrigkeit ein Curator gegeben wird. Selbst

Unmündige können, unter Umständen, statt des Tutors, oft sogar neben dem schon vorhandenen Tutor, einen Curator erhalten, nämlich zu bestimmten, vorübergehenden Geschäften, zu welchen es zwar eines vormundschaftlichen Beistandes, aber doch keiner auctoritatis interpositio bedurfte.

Furiosi quoque et prodigi, licet majores viginti quinque annis sint, tamen in curatione sunt agnatorum, ex lege duodecim tabularum. Sed solent Romae praefectus urbi, vel praetores, et in provinciis praesides ex inquisitione eis curatores dare.

Sed et mente captis et surdis, et mutis, et qui perpetuo morbo laborant, quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt. §. 3. et 4. Inst. I, 23. de curatoribus.

De curatoribus vero, quum ante non nisi ex lege Plaetoria, vel propter lasciviam, vel propter dementiam darentur, ita statuit, ut omnes adulti curatores acciperent, non redditis causis. Capitolinus in Vita M. Antonini Philosophi. cap. 10.

Et ideo hodie in hanc usque aetatem adolescentes curatorum auxilio reguntur, nec ante rei suae administratio eis committi debebit, quamvis bene rem suam gerentibus. Ulpian. in fr. 1. §. 3. D. IV, 4. de minoribus.

Masculi puberes et feminae viri potentes, usque ad vicesimum quintum annum completum, curatores accipiunt, qui, licet puberes sint, adhuc tamen ejus aetatis sunt, ut negotia sua tueri non possint. —

Inviti adolescentes curatorem non accipiunt, praeterquam in litem. Curator enim et ad certam causam dari potest.

Interdum autem et pupilli curatores accipiunt, ut puta si legitimus tutor non sit idoneus, quia habenti tutorem tutor dari non potest. Item, si testamento datus tutor, vel a praetore, vel a praeside, idoneus non sit ad administrationem, nec tamen fraudulenter negotia administret, solet ei curator adjungi. Pr. §. 1. 2. et 4. Inst. eod.

§. 191.

Gemeinschaftliche Grundsätze über die cura.

Daß der zu bestellende Curator zur Uebernahme einer solchen Vormundschaft fähig sein muß, das hat er mit dem Tutor gemein. Nur freilich hindern gewisse Umstände, welche zwar zur Interposition der auctoritas, aber nicht auch sonst zu der Verwaltung eines fremden Vermögens unfähig machen, obgleich sie gesetzlich der Uebernahme der tutela entgegenstehen, nicht die Befähigung zum Curator. Denn dieser Letztere hat ja überhaupt niemals auctoritas zu interponiren.

Deferirt wurde die cura zu keiner Zeit ex testamento, wohl aber, nach älterem Rechte, die cura über Wahnsinnige und Verschwender, ex lege an die Agnaten und Gentilen. Indessen, nach dem neuesten römischen Rechte erscheint jede cura ohne Ausnahme insofern immer als eine dativa, als jeder Curator, ohne Ausnahme, einer obrigkeitlichen Ernennung bedarf. Nur freilich hat der magistratus, bei der Wahl, auf die nächsten, zur Uebernahme fähigen Angehörigen des Pflegbefohlenen besondere Rücksicht zu nehmen.

Auch die Uebernahme einer deferirten cura kann nur aus gesetzlich gebilligten Gründen, die großentheils dieselben sind, wie bei der tutela, von dem dazu Berufenen abgelehnt werden.

Die Amtsverpflichtung und Thätigkeit des Curators richtet sich sehr natürlich zunächst nach der Art der ihm übertragenen cura. Danach hat er bald ein ganzes fremdes Vermögen zu verwalten, bald blos zu einzelnen Geschäften seinen Consens zu ertheilen, bald endlich auch sogar mit für die Person des Pflegbefohlenen Sorge zu tragen. Auctoritas zu interponiren hat er nie, eben weil er nur Curator und kein Tutor ist. Verantwortlich ist er für seine vormundschaftlichen Handlungen, wie der Tutor, hat ebenfalls späterhin seinen gewesenen Pflegbefohlenen Rechnung abzulegen, und unterliegt überhaupt ähnlichen Beschränkungen, Verpflichtungen und Klagen.

Was endlich das Ende der cura betrifft, so hat dasselbe wieder große Aehnlichkeit mit dem Ende der tutela. Denn auch hier fällt bald, mit ihrem Grunde, der sie veranlaßt und nöthig gemacht hat, namentlich mit dem Aufhören des Wahnsinnes, mit der von dem Richter verfügten Wiederaufhebung der bisherigen Interdiction, mit dem Ende der minor aetas, die ganze bisherige cura, bald nur, bei fortbestehendem Grunde und Bedürfnisse der cura, die Person des bisherigen Curators hinweg. Eine Eigenthümlichkeit ist dabei, daß die cura minorum nicht blos mit dem Eintritte der gesetzlich bestimmten Zeit, d. h. mit dem vollendeten fünfundzwanzigsten Jahre, wegfällt, sondern auch, nach einer Verordnung von Kaiser Constantin, unter Umständen schon vor jenem Zeitpunkte, in Folge eines kaiserlichen Gnadenrescriptes, durch ertheilte venia aetatis, sich erledigen kann.

Dantur autem curatores ab iisdem magistratibus, a quibus

et tutores. Sed curator testamento non datur, sed datus confirmatur decreto praetoris, vel praesidis. §. 1. Inst. I, 23. de curatoribus.

Omnes adolescentes, qui, honestate morum praediti, paternam frugem vel avorum patrimonia gubernare capiunt, et super hoc imperiali auxilio indigere coeperint, ita demum aetatis veniam impetrare audeant, cum vicesimi anni metas impleverint; ita, ut, post impetratam aetatis veniam, iidem ipsi, per se principale beneficium allegantes, non solum per scripturam annorum numerum probent, sed etiam testibus idoneis advocatis morum suorum instituta probitatemque animi, et testimonium vitae honestioris edocerent. Constantin. in c. 2. C. H, 45. de his, qui veniam aetatis.

Fünftes Buch.

Die Lehre von den Verlassenschaften, oder von den Successionen auf den Todesfall.

§. 192.

Stellung der Lehre im Systeme.

Schon oben [1]) wurden die Erbfolge und die Successionen auf den Todesfall vorläufig erwähnt, um ihnen denjenigen Platz anzuweisen, welchen sie regelmäßig in dem römischen Rechtssysteme einnehmen, nämlich bei der Lehre von der Erwerbung des Eigenthumes, als per universitatem adquisitiones. Der einfache Grund aber, warum ihre genauere Abhandlung dort noch vorläufig von uns ausgesetzt blieb und erst hier nachgeholt wird, ist der, weil das Erbrecht sich auf die gesammte Persönlichkeit eines Menschen, mit allen, nicht blos dinglichen, sondern auch persönlichen Vermögensverhältnissen, welche dadurch bedingt sind und damit unzertrennlich zusammenhängen, bezieht. Daher kann dasselbe erst nach der vollständigen Entwickelung des ganzen übrigen Vermögensrechtes, in seinem wahren Geiste, aufgefaßt und verstanden werden.

Es läßt sich nun die ganze Lehre von den Successionen auf den Todesfall am einfachsten auf folgende Rubriken zurückführen: auf die Lehre von der eigentlichen Erbschaft, Erbfolge, auf die Lehre von den Vermächtnissen und auf die Lehre von gewissen anderen Successionen, die zwar ebenfalls sich auf einen Todesfall beziehen, aber weder unter den Begriff der eigentlichen Erbschaft, noch unter den eines Vermächtnisses fallen, obgleich sie bald mit diesem, bald mit jenem Aehnlichkeit haben.

---

[1]) S. §. 100.

Erster Abschnitt.

Die Lehre von der eigentlichen Erbfolge.

Erstes Capitel.

Allgemeine Einleitung in das Erbrecht.

§. 193.

Die Erbschaft überhaupt, im Gegensatze der Vermächtnisse.

Mit dem Tode eines bisher rechtsfähigen Menschen erlöschen freilich alle Rechtsverhältnisse, in welchen derselbe bei seinen Lebzeiten bis zum Augenblicke des Todes stand, sowohl die Rechte, als die Verbindlichkeiten, nothwendig insofern für diesen Verstorbenen selbst, als er jetzt, für seine eigene Person, physisch unfähig ist, sie zu behalten, fortzusetzen. Allein daraus folgt doch noch keineswegs, daß alle jene Rechtsverhältnisse mit ihrem bisherigen Inhaber ebenfalls ganz erlöschen, und namentlich also dessen Sachen, als nunmehrige res nullius, der Occupation eines Jeden Preis gegeben sind. Wenngleich von einer solchen rohen ursprünglichen Einrichtung, aus der ältesten Zeit des römischen Staates, sich in der That einige, nicht undeutliche Spuren vorfinden, so hat dieselbe doch, jedenfalls schon sehr früh, dem sich vollständiger entwickelnden Begriffe eines geordneten Erbfolgerechtes weichen müssen. Dieser beruht auf der sehr nahe liegenden und natürlichen Idee, daß gewisse andere, noch lebende Personen durch bestimmte Rechtsgründe dazu berufen sein sollen, um, als Erben, in die durch den Tod erledigten Rechtsverhältnisse des Verstorbenen, in dessen Verlassenschaft, Nachlaß, einzutreten, zu succediren. Indessen gehören zu diesem vererbbaren Nachlasse eines Verstorbenen, dem universum jus, quod defunctus habuit, schon im Allgemeinen nur die Verhältnisse des Vermögensrechtes, in welchen er bei seinem Tode sich befunden hat, sowohl die Vermögensrechte, als die Vermögenspflichten und Schulden. Denn die zunächst blos die Person, als solche, betreffenden Rechtsverhältnisse, die Familienverhältnisse, so wie alle Verhältnisse des rein öffentlichen Rechtes, vererben gar nicht, sondern gehen, als lediglich an die Person ihres Trägers geknüpft, als s. g. höchst persönliche

Rechtsverhältnisse, zugleich mit dem Tode ihres bisherigen Inhabers, ganz unter. Dasselbe Schicksal theilen sogar ausnahmsweise gewisse Vermögensverhältnisse deßhalb, weil sie ausdrücklich, ihrer Dauer nach, von den Gesetzen lediglich und als streng unzertrennlich davon, an das bestimmte berechtigte, oder verpflichtete Subject geknüpft sind. Jedenfalls bilden auch nur wahre Rechtsverhältnisse, als solche, den Gegenstand der Erbfolge. Da namentlich der Besitz, die possessio, trotz ihres mannigfachen Zusammenhanges mit Rechtsverhältnissen, besonders mit dem Eigenthume, ihrem Grundwesen nach, kein Recht, sondern nur ein factisches Verhältniß ist, so geht die possessio, als solche, niemals auf den Erben und Nachfolger des Verstorbenen über, sondern sie kann und muß immer erst von dem Successor selbst neu ergriffen werden.

Eine solche Succession auf den Todesfall läßt sich nun auf doppelte Weise denken.

Ein Mal, als per universitatem successio. Danach werden sämmtliche nachgelassene und vererbbare Vermögensverhältnisse des Verstorbenen, des Erblassers, als ein juristisch geschlossenes Ganzes betrachtet, welches eben die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Verstorbenen darstellt, und, in dieser Beziehung, omnia bona, omne jus, patrimonium, familia defuncti, die eigentliche Erbschaft heißt. Wer nun dazu berufen wird, diese vermögensrechtliche Persönlichkeit des Verstorbenen juristisch fortzusetzen und demgemäß in jenes geschlossene Vermögen, als Ganzes, einzutreten, heißt der Erbe, und die Succession selbst Erbfolge. Ein solcher wahrer Erbe, eben deßhalb weil er successor per universitatem ist, wird nun auch in der That als Repräsentant des Verstorbenen, der die vermögensrechtliche Person desselben fortsetzt, behandelt und aus diesem Grunde gehen, so wie alle Vermögensrechte und Forderungen, eben so freilich auch alle Schulden des Verstorbenen auf ihn über. Denn auch die Schulden gehören ja mit zu den bonis, im juristischen Sinne, und helfen die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers bilden.

Es läßt sich aber auch ferner eine Succession auf den Todesfall als eine bloße, einfache singularis successio denken. Dadurch wird Jemand blos dazu berufen, in einzelne Vermö-

gensstücke des Verstorbenen einzutreten, ohne diesen Letzteren sonst juristisch in der oben angedeuteten Weise zu repräsentiren.

Das römische Recht kennt beide Arten von Successionen auf den Todesfall, und zwar in der Weise, daß bei demselben Nachlasse bald nur Eine von ihnen, bald beide neben einander eintreten können. Soll aber nur Eine von ihnen allein eintreten, so muß das die per universitatem successio, die eigentliche Erbfolge sein. Denn die Singularsuccessionen, welche das römische Recht für den Todesfall gelten läßt, setzen sämmtlich, um in Wirksamkeit zu treten, eine eigentliche Erbfolge, worauf sie sich beziehen, eine Erbschaft, von der sie abgehen sollen, welche zu vermindern sie bestimmt sind, voraus. Der einfache Grund ist der, weil von einzelnen Stücken der Gesammtheit des Vermögens eines Verstorbenen nur unter der Voraussetzung die Rede sein kann, daß die vermögensrechtliche Persönlichkeit desselben, als Ganzes, erhalten wird.

Hier ist nun vorerst blos und zunächst von dieser Erbfolge die Rede, indem die Singularsuccessionen erst weiter unten, nach Abhandlung der eigentlichen Erbfolge, ihren Platz finden werden. Weil übrigens die Singularsuccessionen im römischen Rechte immer auf einer letztwilligen Verfügung des Erblassers selbst, welcher einzelne Stücke seines Vermögens gewissen Personen vermacht, und dadurch von der übrigen Erbschaft trennt, beruhen, so pflegt man sie Vermächtnisse, oder Vermächtnißnahmen zu nennen.

Nihil aliud est hereditas quam successio in universum jus, quod defunctus habuit. Gaius in fr. 24. D. L, 16. de verb. sign.

Bona autem hic, ut plerumque solemus dicere, ita accipienda sunt, universitatis cujusque successionem, qua succeditur in jus demortui, suscipiturque ejus rei commodum et incommodum. Nam, sive solvendo sunt bona, sive non sunt, sive damnum habent, sive lucrum, sive in corporibus sunt, sive in actionibus, in hoc loco proprie bona appellabuntur. Ulpian. in fr. 3. D. XXXVII, 1. de bonorum possessionibus.

Heres in omne jus mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit, cum et ea, quae in nominibus sunt, ad heredem transeant. Pompon. in fr. 37. D. XXIX. 2. de adquirenda vel omittenda hereditate.

Cum heredes instituti sumus, adita hereditate, omnia quidem jura ad nos transeunt, possessio tamen, nisi naturaliter ad-

prehensa, ad nos non pertinet. Javolenus in fr. 23. pr. D. XLI, 2. de adquir. vel amittenda poss.

Creditores hereditarios adversus legatarios non habere personalem actionem, convenit; quippe quum evidentissime lex duodecim tabularum heredes huic rei faciat obnoxios. Diocletian. et Maxim. in c. 7. C. IV, 16. de hereditariis actionibus.

§. 194.

Die wesentlichen Voraussetzungen einer jeden Erbfolge.

Vor dem wirklich eingetretenen Tode einer Person kann natürlich von ihrer Beerbung noch nicht die Rede sein. Viventis nulla est hereditas. Allein, selbst wenn Jemand verstorben ist, so ist doch eine Beerbung desselben möglich nur unter der Voraussetzung eines wirklich vorhandenen Nachlasses, einer Verlassenschaft, hinterlassener bona, in die eben succedirt werden soll. Das heißt, es muß der zu Beerbende, bei seinen Lebzeiten, und zwar namentlich noch zur Zeit seines Todes, selber der Träger einer vermögensrechtlichen Persönlichkeit, wie diese, nach dem Obigen, den Gegenstand des Erbrechtes bildet, also eigenen Vermögens juristisch fähig gewesen sein. Dagegen ist es für den allgemeinen Begriff eines solchen Nachlasses ganz einerlei, ob der Verstorbene viel, oder wenig Vermögen, ja, ob er mehr actives Vermögen hinterläßt, als Schulden. Denn nur die rechtliche Fähigkeit eigenen Vermögens entscheidet dabei. Daher konnte zu keiner Zeit ein servus und, wenigstens in der älteren Zeit, vor der Ausbildung der freieren Peculien, kein filiusfamilias beerbt werden.

Eine fernere Bedingung der Erbfolge ist die, daß derjenige, welcher erben soll, theils überhaupt und im Allgemeinen Erbfähigkeit habe, theils auch namentlich zu dem in Frage stehenden Nachlasse als Erbe berufen worden sei, indem ihm, auf irgend eine rechtlich gebilligte und von den Gesetzen anerkannte Weise, diese Erbschaft deferirt, angeboten worden ist.

Das römische Recht kannte nun schon sehr früh zwei verschiedene Delationsarten der Erbschaft, und bestimmte genau ihr gegenseitiges Verhältniß zu einander. Zuvörderst kann nämlich die Erbschaft deferirt werden demjenigen, welchen der Erblasser selbst schon vorher bei seinen Lebzeiten, in einem zu diesem

Zwecke gültig errichteten letzten Willen, testamentum, sich zum dereinstigen Erben ernannt hat. Delation der Erbschaft ex testamento. Allein für den Fall, daß der Erblasser entweder gar kein Testament der Art, oder wenigstens kein rechtsgültiges errichtet hat, also intestatus verstirbt, wird, in Gemäßheit einer allgemeinen gesetzlichen Vorschrift, die Erbschaft in einer bestimmten Reihenfolge gewissen Personen deferirt, welche, als Verwandte, oder sonst, dem Erblasser bei seinen Lebzeiten besonders nahe standen, von denen also im Allgemeinen vermuthet werden kann, daß er zunächst und am liebsten ihnen seinen Nachlaß zugewendet wissen wolle. Delation der Erbschaft ex lege; s. ab intestato.

Beide genannten Delationsarten können übrigens bei demselben Nachlasse nicht neben einander bestehen, sondern schließen sich gegenseitig aus. Nemo (paganus) pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest. Dafür spricht nicht blos eine strenge Interpretation der Zwölftafelgesetze, sondern es liegt das auch schon im natürlichen Begriffe des Testamentes und Testamentserben. Denn, wer ein Testament macht, instituirt einen heres; heres ist aber nur derjenige, qui succedit in omne jus defuncti, d. h. zu dem ganzen Nachlasse des Verstorbenen berufen ist.

Darauf beziehen sich denn auch im römischen Rechte die verschiedenen Wege, auf welchen man zur Erbschaft gelangen kann. Zuvörderst rein in Gemäßheit eines Testamentes. Ferner, in gänzlicher Ermangelung eines Testamentes, rein in Gemäßheit der allgemeinen gesetzlichen Vorschrift. Endlich kann man auch zuweilen zur Erbschaft gelangen auf einem ganz eigenthümlichen Wege, weder rein durch den Inhalt eines Testamentes, noch rein im Gefolge der Intestaterbfolge. Es kommt nämlich vor, daß auch da, wo ein der Strenge nach gültiges Testament vorliegt, dieses also eigentlich zunächst und ausschließlich allein die Norm für die Erbfolge abgeben sollte, doch gewisse, auf unbillige Weise darin übergangene, oder behandelte Angehörige des Erblassers befugt sind, nach des Testirers Tode sein Testament anzufechten und umzuwerfen. Sie gelangen dann zwar zur Successsion, aber weder zunächst durch den Willen des Testirers, noch zunächst durch das Gesetz, welches ja den Mangel eines gültigen Testamentes voraussetzt, sondern zunächst durch

die, ihnen hier geſtattete Umwerfung des Teſtamentes. Sie ſuccediren alſo eigentlich gegen den Inhalt eines beſtehenden Teſtamentes. Mit einer Vereinigung der teſtamentariſchen und Inteſtatdelation für denſelben Nachlaß darf das nicht verwechſelt werden.

Qui hereditatem adire, vel bonorum possessionem petere volet, certus esse debet, defunctum esse testatorem. Paul. in fr. 19. D. XXIX, 2. de adquir. vel omittenda hereditate.

Delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi. Ter. Clemens in fr. 151. D. L, 16. de verb. significat.

Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur. Ulpian in fr. 39. D. XXIX, 2. de adquirenda vel omittenda hereditate.

Neque enim idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles, cujus sola voluntas in testando spectatur. §. 5. Inst. II, 14. de heredibus instituendis.

§. 195.

Die hereditas und die bonorum possessio in ihrem Verhältniſſe zu einander.

Gai. Comm. lib. III. §. 25 sq. — Inst. lib. III. tit. 9. (10.) de bonorum possessionibus. — Dig. lib. XXXVII. tit. 1. de bonorum possessionibus. — Cod. lib. VII. tit. 9. qui admitti ad bonorum possessionem possunt et intra quod tempus. — Dig. lib. XLIII. tit. 2. quorum bonorum. — Cod. lib. VIII. tit. 2. quorum bonorum.

Wie ſo manche Inſtitute des römiſchen Rechtes, eben ſo iſt das neueſte Erbfolgerecht in beſonders auffallender Weiſe hervorgegangen aus einer Verſchmelzung des alten, ſtrengen Civilrechtes mit dem neueren prätoriſchen Rechte.

Das Erbfolgeſyſtem des Civilrechtes, welches urſprünglich im römiſchen Staate das einzige geltende war, hieß hereditas und beruhte theils auf den zwölf Tafeln, theils auf ſpäteren, darauf conſequent fortbauenden Civilgeſetzen. Schon die Ausdrücke hereditas und heres, welche mit herus, dominus zuſammenhängen, weiſen auf ein ganz vollſtändiges Einrücken des Erben in das erledigte Vermögen des Erblaſſers, namentlich, was die körperlichen Erbſchaftsſachen betrifft, auf ein wahres, durch Erbfolge zu erwerbendes, quiritariſches Eigenthumsrecht, wie es ja auch nur das Civilrecht gewähren konnte, hin. Deferirt wurde dieſe hereditas auf die oben angegebene

doppelte Art, entweder ex testamento, oder ex lege. Beiden Delationsarten lagen natürlich zunächst und lediglich die Ansichten des älteren Civilrechtes von der Möglichkeit und zweckmäßigen Einrichtung der Erbfolge zum Grunde; und ihre genauere Entwickelung war rein auf die damaligen Zeitbedürfnisse berechnet.

Allein eben deßhalb offenbarten sich allmählig bei der Anwendung jener streng civilrechtlichen Grundsätze, welche zum Theil nicht mehr zu den veränderten Zeitumständen und Bedürfnissen paßten, mancherlei Härten und Lücken. Das zeigte sich vorerst in einem zu strengen Festhalten an gewissen, gesetzlich vorgeschriebenen Formalitäten. Sodann darin, daß das Civilrecht gewissen Personen, die eine Berücksichtigung in dieser Art wohl verdienten, gar keine Erbansprüche zugestand. Endlich war selbst für das Interesse und den Rechtsschutz der Civilerben, der heredes, nicht allenthalben genügend vom Civilrechte gesorgt. Um diesen Mängeln abzuhelfen, begann schon früh der Prätor den Grund zu legen zu einem neuen, zeitgemäßeren Erbfolgesysteme, welches den Namen bonorum possessio erhielt und sich freilich erst sehr langsam zu derjenigen Vollständigkeit, in welcher wir es zuletzt, das ganze Erbrecht in sich aufnehmend, vorfinden, entwickelt hat. Schon der Name possessio weist darauf hin, daß dadurch für den Erben ein weniger strenges Successions- und Vermögensverhältniß begründet werden sollte, was nicht auf dem jus civile, sondern mehr blos auf dem jus gentium beruhte.

Das ganze Institut scheint damit angefangen zu haben, daß der Prätor in den, gerade damals nicht seltenen Fällen, wo nach Civilrecht gar keine Erbcompetenten, keine heredes da waren, aus Gründen der Billigkeit solchen Angehörigen, die, obgleich sie in der That nicht von dem Civilrechte gerufen waren, ihm, dem Prätor, dennoch gerechte Ansprüche darauf zu haben schienen, auf ihr Nachsuchen darum, gestattete, sich in den Besitz des eigentlich erblosen Nachlasses, der bona, zu setzen. Praetor dabat bonorum possessionem. Zugleich schützte der Prätor diese bonorum possessores, durch ein eigenes prätorisches Rechtsmittel, durch das interdictum quorum bonorum, in dem ihnen gewährten Besitze des Nachlasses. Eine solche bonorum possessio war um so unbedenk-

licher, weil damals der Staat selbst noch gar keine Ansprüche auf erblose Güter machte, und die Gläubiger des Erblassers dadurch nur gewinnen konnten, daß sie, zum Zwecke ihrer Befriedigung, an einen bestimmten Erbfolger, als ihren nunmehrigen Schuldner, gewiesen wurden. Allein im Laufe der Zeit gab der Prätor eine solche bonorum possessio unter Umständen auch da, wo es an Civilerbcompetenten nicht fehlte, gewissen von dem Civilrechte übergangenen Angehörigen des Erblassers, welche darum nachsuchten, insofern sie ihm wirklich eine Berücksichtigung der Art zu verdienen schienen. Er ließ dieselben dann, nach dem Inhalte desjenigen Theiles seines Edictes, welcher von einer zu beobachtenden Reihenfolge der Succession handelte, des successorium edictum, bald vor, bald wenigstens neben den Civilerbcompetenten, zur bonorum possessio zu, je nachdem sie ihm dem Erblasser mehr, oder weniger nahe zu stehen, oder sonst gerechte Ansprüche zu haben schienen.

Anfangs hatte der Prätor, ohne festes, ein für alle Mal im Edicte ausgesprochenes, allgemeines Princip, mehr seinem jedesmaligen Rechtsgefühle folgend, nur in einzelnen besonderen Fällen, causa cognita pro tribunali, durch einzelne ertheilte Decrete, die darum Nachsuchenden zur bonorum possessio zugelassen. Decretalis bonorum possessio. Allmählig aber bildeten sich daraus, durch Erfahrung und Amtsherkommen, feste Regeln und Grundsätze darüber, wer, in welcher Reihenfolge und in welchen Zeitfristen zur bonorum possessio zuzulassen sei. Diese Grundsätze wurden denn auch bleibend in das Edict selbst aufgenommen. So entstand die edictalis bonorum possessio, so benannt, weil derjenige, zu dessen Gunsten sie bestimmt war, sie, schon mit einfacher Berufung auf die Worte der allgemein lautenden Edictsregel, in jedem vorkommenden Falle, ohne daß es dazu einer besonderen Ertheilung durch ein richterliches Decret bedurfte, für sich in Anspruch nehmen konnte. Auf diese Art wurden denn freilich die Fälle, in welchen es noch einer decretalis bonorum possessio bedurfte, im Laufe der Zeit immer seltener, obgleich immer noch welche übrig blieben.

Der Prätor schloß sich übrigens, seiner allgemeinen Tendenz getreu, auch bei der Ausbildung jenes neuen Erbfolgesystemes, so viel als möglich, an die schon vorhandene hereditas an, so daß die bonorum possessio sich, trotz ihrer neuen, in der That

ſehr abweichenden und eigenthümlichen Richtung, immer nur als eine zeitgemäße Modification, oder Erweiterung der hereditas darſtellte. Daher liegt auch der bonorum possessio dieſelbe, oben im §. 194. erwähnte dreifache Delation, aus dem Teſtamente, ab intestato und endlich gegen den Inhalt eines Teſtamentes, zum Grunde. Darauf bezieht ſich die wichtige Eintheilung in die contra tabulas, in die secundum, s. juxta tabulas, und endlich in die intestati bonorum possessio.

Mit dieſem Beſtreben des Prätors, ſein neues Erbfolgeſyſtem zu vervollſtändigen und, ſo viel als möglich, auch das civilrechtliche Erbfolgeſyſtem darin mit aufzunehmen, hängt genau zuſammen eine andere Eigenthümlichkeit der bonorum possessio. Er bot ſie nämlich nicht blos denjenigen Perſonen an, welche von dem Civilrechte, auf eine, nicht mehr dem Geiſte der Zeit entſprechende Weiſe, von der Succeſſion zunächſt ganz ausgeſchloſſen waren, ſondern nahm in die Zahl der zum prätoriſchen Erbrechte Berufenen auch mit die bereits vom Civilrechte, als heredes, Berückſichtigten auf. So oft daher das neuere Civilrecht durch eine lex, durch ein senatusconsultum, oder durch eine kaiſerliche Conſtitution, einer Perſon einen Erbanſpruch gewährte, den ſie bisher noch nicht gehabt hatte, ſo erkannte dieſes auch der Prätor ſofort ausdrücklich im Edicte dadurch an, daß er jene Perſon ebenfalls auf die ihm geeignet ſcheinende Weiſe mit zur bonorum possessio berief. S. g. bonorum possessio quibus ex legibus. Jedem war dabei im Edicte ſein beſtimmter Platz angewieſen, mit genauer Angabe der Ordnung und Reihenfolge, in welcher er zur bonorum possessio gerufen ſein ſollte. Edictum successorium. Der Prätor verfolgte dabei einen mehrfachen Zweck. Denn, vorerſt wollte er dadurch zu erkennen geben, daß er durch ſein neues Erbfolgeſyſtem dem bisherigen civilrechtlichen nicht feindlich, und es zerſtörend, entgegentrete, ſondern vielmehr es zu fördern, es nur zeitgemäß zu erweitern beabſichtige. Sodann beabſichtigte er dadurch, auch den Civilerben, wenn ſie es wünſchten, die mancherlei beſonderen, über das Civilrecht hinausgehenden Vortheile, welche die bonorum possessio den dazu Berufenen gewährt, mit zukommen zu laſſen. Endlich war auch dieſe Maaßregel darum durchaus nothwendig, um dadurch das richtige praktiſche Verhältniß der bonorum possessio zur hereditas darzuſtellen.

Da nämlich der Prätor jetzt in der Regel, ohne vorausgehende causae cognitio, diejenigen, welche sich, mit Berufung auf das Edict, zur bonorum possessio meldeten, sie agnoscirten, dazu zuließ, so konnte es sich leicht ereignen, daß zu demselben Nachlasse mehrere Erbcompetenten ganz verschiedener Art auftraten. Es waren das theils solche, welche ihre Erbansprüche geradezu zunächst auf das Civilrecht, die hereditas stützten, theils solche, deren Erbansprüche blos auf das prätorische Recht, auf die bonorum possessio, gebaut waren. Dann kam es darauf an, ob die prätorischen Erbcompetenten ihre Ansprüche gegen die der Civilerbcompetenten durchzusetzen vermochten, oder ob sie den letzteren weichen und sich von denselben den Nachlaß wieder entreißen, evinciren lassen mußten.

Der Prätor garantirte nämlich keineswegs schon zum Voraus denjenigen, welchen er die bonorum possessio ertheilte, daß sie die bona, gegen jede nachherige Anfechtung gesichert, behalten dürften und sollten, sondern ließ dieses hinterdrein von den Umständen und von dem Erfolge der Anfechtung abhängen. Doch bildete sich auch das bald im Edicte zu einer festen Regel. Es kam nämlich, bei einer solchen Concurrenz eines Civilerbcompetenten mit einem prätorischen, für die Frage, wer in dem Erbschaftsstreite obsiegen werde, zunächst auf den Platz an, welchen das oben erwähnte, hier allein maaßgebende successorische Edict dem Civilerben, mit seinem auch auf bonorum possessio gerichteten Erbanspruche, anwies, entweder vor, oder neben, oder endlich erst nach denjenigen, welche sich lediglich auf das prätorische Recht stützen konnten. Im ersten Falle ging, auch nach der Ansicht des Prätors, der Civilerbcompetent dem prätorischen vor, und konnte deßhalb diesem letzteren, dem Erfolge nach, hinterdrein den Nachlaß, die bona, res, abstreiten, evinciren. Im zweiten Falle hatten beide Erbcompetenten gleiches Recht und also mit einander den Nachlaß zu theilen. Im dritten Falle dagegen mußten die Civilerbcompetenten gegen die prätorischen ganz zurücktreten und denselben, wenn darüber ein Rechtsstreit entstand, die bona, die res lassen. Auf diese Weise hatte eine bonorum possessio nicht immer gleichen Erfolg, und der bonorum possessor behielt nicht immer die bona, die res. Darauf bezieht sich die Eintheilung in die cum re, cum ef-

fectu, und in die sine re, s. sine effectu bonorum possessio.

Uebrigens war der bonorum possessor, selbst wenn seine bonorum possessio cum re war, in seiner Eigenschaft als bloßer prätorischer Erbe, an und für sich nicht heres. Denn nur das Civilrecht, nicht aber auch der Prätor, konnte Jemand zum heres machen. Daher wurde der bonorum possessor nicht schon als solcher wirklich Repräsentant des Erblassers, wie das bei der civilrechtlichen Erbfolge von jeher der Fall war. Allein der Prätor schützte ihn nicht blos in seinem Besitze des Nachlasses, namentlich durch das schon oben erwähnte interdictum quorum bonorum, sondern behandelte ihn auch überhaupt heredis loco, heredis vice. Denn er räumte ihm im Ganzen dieselben Rechte, wie einem heres ein, so wie er ihm auch dafür umgekehrt dieselben Pflichten auflegte. Nur ging, wie das wieder ganz im Geiste des prätorischen Rechtes lag, auf den bonorum possessor nicht das quiritarische Eigenthum des Erblassers über. Vielmehr hatte er, bis zur vollendeten Usucapion, die Erbschaftssachen blos in bonis. Dieser Unterschied fällt im neuesten römischen Rechte, seit der Verschmelzung des quiritarischen und bonitarischen Eigenthumes, von selbst hinweg. Es konnte ferner der bonorum possessor aus dem Nachlasse nur utiliter klagen und nur utiliter daraus verklagt werden, während für den heres und gegen den heres directe Klagen Statt fanden. Anders gestaltete sich natürlich die Lage des bonorum possessor, wenn er auch zugleich daneben heres war, und dieses geltend machte. Denn dann standen ihm, neben dem erwähnten prätorischen Interdicte, auch zugleich alle Rechte eines heres zu, und er galt wirklich als Repräsentant des Erblassers, ohne jener prätorischen künstlichen Nachhülfe zu bedürfen.

So war denn freilich, eine geraume Zeit lang, das praktisch geltende römische Erbrecht zusammengesetzt aus den beiden Erbfolgesystemen, der hereditas und bonorum possessio, deren gegenseitiges Ineinandergreifen und Ergänzen auf, zum Theil sehr künstlichen, complicirten Grundsätzen beruhte. Allein, im Laufe der Zeiten, seitdem auch das neuere Civilrecht angefangen, die Grundsätze der hereditas mehr in demselben Geiste, von dem von jeher der Prätor bei der bonorum possessio ausgegangen war, zu ändern, näherten sich beide Erbfolgesysteme ein-

ander immer mehr. Zuletzt kam es dahin, daß sie einander nicht mehr, wie zwei verschiedene, selbstständige Erbfolgesysteme, scharf gegenüberstanden. Vielmehr hat, im Justinianeischen Rechte, die neueste hereditas die Grundsätze der bonorum possessio im Ganzen in sich aufgenommen, und sie wird jetzt nur in einzelnen Punkten und Fällen durch das Einwirken der bonorum possessio modificirt und unterstützt.

Für den Zweck dieses Institutionenlehrbuches scheint es der einfachste und richtigste Weg, das System der bonorum possessio nicht selbstständig und in seiner vollständigen Gliederung, für sich, getrennt von dem der hereditas, darzustellen. Denn es würde in dieser Isolirtheit, wegen seines steten Zusammenhanges mit der hereditas, oft in vielen Punkten unverständlich bleiben. Vielmehr wird es genügen, nach Vorausschickung der bisherigen allgemeinen, das doppelte Erbfolgesystem im Ganzen und Großen betreffenden, geschichtlichen Einleitung, späterhin, bei der specielleren Darstellung der einzelnen Lehren des Erbfolgerechtes, da, wo die bonorum possessio in das Erbrecht eingreift, ihr ursprüngliches Einwirken auf die hereditas und ihr späteres etwaiges Verschmelzen damit, im Zusammenhange genauer zu entwickeln.

Veteres enim heredes pro dominis appellabant. §. 7. Inst. II, 19. de heredum qualitate et differentia.

Jus bonorum possessionis introductum est a praetore, emendandi veteris juris gratia. Nec solum in intestatorum hereditatibus vetus jus eo modo praetor emendavit, sed in eorum quoque, qui testamento facto decesserint.

Aliquando tamen, neque emendandi, neque impugnandi veteris juris, vel magis confirmandi gratia, pollicetur bonorum possessionem. Nam illis quoque, qui recte facto testamento heredes instituti sunt, dat secundum tabulas bonorum possessionem. Item ab intestato suos heredes et agnatos ad bonorum possessionem vocat; sed et, remota quoque bonorum possessione, ad eos hereditas pertinet jure civili.

Quos autem praetor solus vocat ad hereditatem, heredes quidem ipso jure non fiunt. Nam praetor heredem facere non potest; per legem enim tantum vel similem juris constitutionem heredes fiunt, veluti per senatusconsultum et constitutiones principales. Sed, cum eis praetor dat bonorum possessionem, loco heredum constituuntur, et vocantur bonorum possessores.

Adhuc autem et alios complures gradus praetor fecit in bonorum possessionibus dandis, dum id agebat, ne quis sine

successore moriatur. Nam angustissimis finibus constitutum per legem duodecim tabularum jus percipiendarum hereditatum praetor ex bono et aequo dilatavit. Sunt autem bonorum possessiones ex testamento hae. Prima, quae praeteritis liberis datur, vocaturque contra tabulas. Secunda, quam omnibus jure scriptis heredibus praetor pollicetur, ideoque vocatur secundum tabulas. Et, cum de testamentis prius locutus est, ad intestatos transitum fecit. Pr. §. 1—3. Inst. III, 9. de bonorum possessionibus.

Bonorum possessio datur aut contra tabulas testamenti, aut adversus tabulas, aut intestati. —

Novissime enim promittitur edicto his etiam bonorum possessio, quibus ut detur, lege, vel senatusconsulto, vel constitutione comprehensum est.

Successorium edictum idcirco propositum est, ne bona hereditaria vacua sine domino diutius jacerent et creditoribus longior mora fieret. Ex re enim praetor putavit, praestituere tempus his, quibus bonorum possessionem detulit, et dare inter eos successionem, ut maturius possent creditores scire, utrum habeant, cum quo congrediantur, an vero bona vacantia fisco sint delata, an potius ad bonorum possessionem procedere debeant, quasi sine successore defuncto. Ulpian. in fr. 1. pr. D. XXXIX. 9. de successorio edicto.

Hi, quibus ex successorio edicto bonorum possessio datur, heredes quidem non sunt, sed heredis loco constituuntur, beneficio praetoris. Ideoque, seu ipsi agant, seu cum his agatur, ficticiis actionibus opus est, in quibus heredes esse finguntur.

Bonorum possessio aut cum re datur, aut sine re. Cum re, si is, qui accipit, cum effectu bona retineat; sine re, cum alius jure civili evincere hereditatem possit, veluti si suus heres intestato sit, bonorum possessio sine re est, cum suus heres evincere hereditatem jure legitimo possit Ulpian. Fragm. tit. XXVIII. §. 12 et 13.

Habemus etiam alterius generis fictiones, in quibusdam formulis, veluti cum is, qui ex edicto bonorum possessionem petiit, ficto se herede agit. Cum enim praetorio jure et non legitimo succedat in locum defuncti, non habet directas actiones et neque id, quod defuncto debebatur, potest intendere, dari sibi oportere. Itaque ficto se herede intendit. Gai. Comm. IV. §. 34.

Zweites Capitel.

Die Delation der Erbschaft aus einem Testamente.

§. 196.

Allgemeiner Begriff des Testamentes.

Schon nach dem Rechte der zwölf Tafeln, wahrscheinlich aber auch schon früher, stand es jedem selbstständigen mündigen römischen Bürger frei, für den Fall seines Todes, die regelmäßig sonst bei seinem Tode eintretende gesetzliche Erbfolge, legitima successio, dadurch auszuschließen, daß er seinen eigenen, individuellen letzten Willen an die Stelle des allgemeinen Gesetzes eintreten ließ, d. h. sich selber im Testamente seinen künftigen Erben ernannte. Damit hängt zusammen das Recht der testamenti factio. Im weiteren Sinne wird darunter im Allgemeinen die Fähigkeit verstanden, bei Gelegenheit eines römischen Testamentes eine gewisse ehrenvolle Rolle zu spielen, sei es nun als Testirer selbst, oder als im Testamente einzusetzender Erbe, als darin zu bedenkender Legatar, oder auch nur etwa als Testamentszeuge. Es wurde diese testamenti factio von jeher als eins der wichtigsten, in der Civität liegenden Rechte, und, trotz ihrer zunächst privatrechtlichen Natur, in mehrfacher Beziehung, wegen des, nach römischer Ansicht dabei zugleich obwaltenden öffentlichen Interesses, als publici juris betrachtet.

Das römische Recht gestattet hiernach allerdings dem Einzelnen ein solches individuelles Verfügen über seinen dereinstigen Nachlaß, jedoch nur in einer bestimmten Form, nämlich nur in der gesetzlich vorgeschriebenen eines testamentum, d. h. einer einseitigen, und eben darum von dem Disponenten noch stets, bis zu seinem Tode, widerruflichen Verfügung. Dadurch wurde zwar der künftige Erbe ernannt, aber er erhielt daraus vorerst noch keine sichere Aussicht und keinen festbegründeten Anspruch auf den Nachlaß des Testirers, selbst wenn er diesen überlebte. Dagegen spricht das römische Recht den in Form eines Erbvertrages eingekleideten letztwilligen Verfügungen alle Wirksamkeit ab. Es steht nämlich in ihnen, wegen der dadurch bezweckten, oder wenigstens daraus folgenden Beschränkung

der künftigen Dispositionsfreiheit über den Nachlaß, eine unwürdige, die guten Sitten verletzende Beeinträchtigung eines der wichtigsten bürgerlichen Rechte.

Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto. Ulpian. Fragm. tit. XI. §. 14.

Testamentum est voluntatis nostrae justa sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit. Modestin. in fr. 1. D. XXVIII, 1. qui testamenta facere possunt.

Ambulatoria est voluntas defuncti usque-ad vitae supremum exitum. Ulpian. in fr. 4. D. XXXIV, 4. de adimendis vel transferendis legatis.

Testamenti factio non privati, sed publici juris est. Papinian. in fr. 3. D. XXVIII, 1. qui testamenta facere possunt.

Stipulatio hoc modo concepta: si heredem me non feceris, tantum dare spondes? inutilis est; quia contra bonos mores est haec stipulatio. Julianus in fr. 61. D. XLV, 1. de verborum obligat.

§. 197.

Allgemeine Voraussetzungen eines gültigen Testamentes.

Inst. lib. II. tit. 12. quibus non est permissum, facere testamentum. — Dig. lib. XXVIII. tit. 1. qui testamenta facere possunt et quemadmodum testamenta fiant. — Cod. lib. VI. tit. 22. qui testamenta facere possint, vel non.

Soll ein Testament gültig errichtet werden, so muß, vor allen Dingen, der Testirende nicht blos im Allgemeinen fähig sein, beerbt zu werden, sondern auch gerade die testamenti factio, in diesem engeren Sinne des Wortes, haben, d. h. nach den Grundsätzen des römischen Civilrechtes fähig sein, sich ein Testament zu machen. Diese Fähigkeit hatten, da sie ein Stück des commercium war, nur römische Bürger, ursprünglich auch blos Männer, späterhin aber auch Frauensperſonen, wenigstens seitdem, durch die Einführung des testamentum per aes et libram, auch ihnen die Möglichkeit des Testirens, die bei den früheren Testamentsformen schon an sich nur auf Mannsperſonen Anwendung litt, eröffnet worden. Nur freilich waren jedenfalls die Frauensperſonen, so lange die perpetua tutela mulierum noch in ihrer ursprünglichen Strenge bestand, durch diese ihre Geschlechtstutoren, bei der Errichtung ihrer Testamente, dadurch sehr beschränkt, daß sie nur tutore auctore testiren

konnten. Die agnatischen Geschlechtstutoren hatten nämlich, als dereinstige Intestaterben der Frauensperson, ein sehr bedeutendes, eigenes Interesse dabei, zu verhüten, daß das Vermögen ihrer Pflegbefohlenen, durch testamentarische Verfügung, der gesetzlichen Erbfolge entzogen werde und aus der Familie heraus an Fremde komme. Eine gemeinschaftliche Voraussetzung für Männer und Frauen war ferner die, daß sie entschieden sui juris sein mußten. Daher konnte der filiusfamilias nicht blos zu der Zeit, wo er ohnehin noch gar nicht fähig war, eigenes Vermögen zu haben und demnächst bei seinem Tode zu hinterlassen, kein Testament errichten, sondern auch späterhin nicht, als dieser strenge Grundsatz des älteren Rechtes nicht mehr bestand. Denn er blieb doch immer noch, seiner Stellung in der Familie nach, filiusfamilias. Daß er über seine castrensischen Peculien testiren durfte, war keine Ausnahme von der Regel, weil er ja, in Rücksicht dieser Peculien, wie ein paterfamilias behandelt wurde. Es gehört außerdem auch die Mündigkeit zum Testiren, indem Unmündige nicht einmal unter auctoritas ihres Tutors testiren können. Dagegen steht, bei vorhandener Mündigkeit, die bloße Minderjährigkeit der testamenti factio nicht hindernd entgegen. Ja! die Minderjährigen bedürfen dazu nicht einmal den Consens ihres Curators, weil im Testiren, schon nach der eigenthümlichen Natur und unbedingten Widerruflichkeit des Testamentes, für sie keine Uebernahme einer lästigen, bleibenden Verbindlichkeit liegt, es also auch keine wahre Läsion enthalten kann. Auch, abgesehen von dem Mangel jener angegebenen Eigenschaften, konnten, oder durften endlich manche römische Bürger, nach gesetzlicher Vorschrift, nicht testiren. Der Grund davon lag theils in manchen natürlichen Mängeln und Hindernissen, wegen welcher jene Personen schon an sich die Testamentsformen nicht beobachten konnten, wie Taube, Stumme und Verschwender, denen das commercium untersagt worden, theils in manchen politischen Rücksichten, wie z. B. als Folge davon, daß sie lege improbi et intestabiles waren.[1])

Eine weitere Voraussetzung zur Gültigkeit eines jeden Testamentes ist die, daß darin, seinem Inhalte nach, gerade dasjenige verfügt und angeordnet sein muß, was in

[1]) S. oben §. 66.

dieſer Beziehung das Weſen des Teſtamentes bildet. Das iſt aber vor Allem die Einſetzung eines directen Erben, heredis institutio.[1])

Endlich iſt ein Teſtament auch nur dann gültig, wenn es ſolenn, d. h. mit genauer Beobachtung der geſetzlich vorgeſchriebenen äußeren Formen, errichtet worden iſt. Der Zweck dieſer äußeren Formen iſt der, auf eine der Wichtigkeit des Actes angemeſſene, ſolenne Weiſe, ſicher erkennbar zu machen, theils, daß Jemand wirklich ein Teſtament hat machen wollen, theils, was den eigentlichen Inhalt deſſelben bilde.

Zu bemerken iſt noch im Allgemeinen, daß man zwar hinter einander, zu verſchiedenen Zeiten, mehrere verſchiedene Teſtamente errichten kann, indem immer das ältere durch das neuere von ſelbſt aufgehoben wird, daß aber die Möglichkeit mehrerer Teſtamente derſelben Perſon, welche neben einander beſtehen und gelten ſollen, der römiſchen Rechtsanſicht unbedingt widerſpricht. Nemo cum duobus testamentis decedere potest. Der einfache Grund davon liegt darin, weil jedes Teſtament über den geſammten künftigen Nachlaß des Erblaſſers verfügen muß.

Latinus Junianus, item is, qui dediticiorum numero est, testamentum facere non potest. Latinus quidem, quoniam nominatim lege Junia prohibitus est; is autem, qui dediticiorum numero est, quoniam nec quasi civis romanus testari potest, cum sit peregrinus, nec quasi peregrinus, quoniam nullius certae civitatis civis est, ut adversus leges civitatis suae testetur. Ulpiani Fragm. tit. XX. §. 14.

Non tamen omnibus licet, facere testamentum. Statim ii, qui alieno juri subjecti sunt, testamenti faciendi jus non habent; adeo quidem, ut, quamvis parentes eis permiserint, nihilo magis jure testari possint; exceptis iis, quos antea enumeravimus, et praecipue militibus, qui in potestate parentum sunt, quibus de eo, quod in castris adquisierunt, permissum est ex constitutionibus principum testamentum facere. Quod quidem jus ab initio tantum militantibus datum est, tam ex auctoritate D. Augusti, quam Nervae, nec non optimi imperatoris Trajani, postea vero, subscriptione D. Hadriani, etiam dimissis e militia, id est veteranis, concessum est. Pr. Inst. II, 12. quibus non est permissum facere testamenta.

Si filiusfamilias, aut pupillus, aut servus tabulas testamenti

[1]) S. unten §. 200.

fecerit, signaverit, secundum eas bonorum possessio dari non potest, licet filiusfamilias sui juris, aut pupillus pubes, aut servus liber factus decesserit, quia nullae sunt tabulae testamenti, quas is fecit, qui testamenti faciendi facultatem non habuerit. Modestin. in fr. 19. D. XXVIII, 1. qui testamenta facere possunt.

Is, cui lege bonis interdictum est, testamentum facere non potest, et, si fecerit, ipso jure non valet. Ulpian. in fr. 18. pr. D. eod.

Mutus, surdus, furiosus, itemque prodigus, cui lege bonis interdictum est, testamentum facere non possunt; mutus, quoniam verba nuncupationis loqui non potest; furiosus, quoniam mentem non habet, ut testari de sua re possit; prodigus, quia commercium illi interdictum est, et ob id familiam mancipare non potest. Ulpian. Fragm. tit. XX. §. 13.

Igitur, si quaeratur, an valeat testamentum, inprimis advertere debemus, an is, qui id fecerit, habuerit testamenti factionem; deinde, si habuerit, requiremus, an secundum juris civilis regulam testatus sit. Gai. Comm. lib. II. §. 114.

§. 198.

Geſchichte der Teſtamentsformen.

Die älteſte Teſtamentsform war gebaut auf den Grundſatz, daß die Inteſtaterbfolge, weil ſie auf einer lex beruhte, auch nur durch eine andere, ihr für den Einen Fall derogirende lex, aufgehoben werden konnte. Daher die eigenthümliche Form des testamentum calatis comitiis, indem der Teſtirer ſeinen teſtamentariſchen letzten Willen dem verſammelten Volke, als Geſetzesantrag, zur Anerkennung und Beſtätigung vorlegte. Es war alſo urſprünglich im Grunde alle Erbfolge, auch die teſtamentariſche, inſofern eine legitima successio, und blos in der Art der dabei im einzelnen Falle entſcheidenden und zur Anwendung kommenden lex, verſchieden, je nachdem dieſe das allgemeine Geſetz im Staate war, oder das blos für dieſen Einen Erbfall gegebene, ſpecielle. Nur freilich ging, nachdem in den Zwölftafelgeſetzen den römiſchen Bürgern ganz allgemein das Teſtirrecht eingeräumt worden, dieſe Geſetzesform, in welche die Teſtamente eingekleidet wurden, wohl mehr in eine bloße Solennität, in eine bloße individuelle Erklärung vor der Volksverſammlung über, ohne daß über den teſtamentariſchen Antrag förmlich abgeſtimmt wurde.

Daneben fand, in Kriegszeiten, außerhalb Rom, noch das

testamentum in procinctu Statt, welches, wie es scheint, auf einer Fiction des durch das Heer repräsentirten Volkes beruhte, und zugleich als der erste Keim zu den nachherigen Privilegien der Soldaten bei dem Testiren erscheint.

Entschieden erst späteren Ursprunges, aber doch vielleicht schon durch die zwölf Tafeln eingeführt, war das testamentum per aes et libram, welches, anfangs wohl nur zur Aushülfe bestimmt, für dringende Fälle, wo die calata comitia nicht abgewartet werden konnten, dennoch bald das calatis comitiis testamentum ganz verdrängte. Die Form war hier eine rein privatrechtliche. Denn der Erblasser übertrug, unter Beobachtung der Mancipationsform, seinen künftigen Nachlaß an den familiae emtor, welcher ursprünglich der eigentliche heres selbst war, und, durch die fiducia, mit der Vertheilung des Nachlasses und der Ausführung sonstiger letztwilliger Dispositionen, in Form von Legaten, beauftragt wurde. Allein späterhin wurde die Zuziehung des familiae emtor eine bloße Form, indem es nicht mehr der eigentliche Erbe war, an den mancipirt wurde, sondern nur Jemand, der den Erben vorstellte. Das Wesentliche und der eigentliche Inhalt des Testamentes beruhte nunmehr auf den tabulae testamenti, einer Urkunde, worin der letzte Wille aufgeschrieben war, und welche, wenn der Inhalt des Testamentes geheim gehalten werden sollte, auch verschlossen, zugesiegelt sein konnte. Den Schlußact machte die testatio s. nuncupatio testamenti, wodurch der Erblasser, mit genau vorgeschriebenen Formeln, sein Testament vorzeigte, als solches anerkannte und die versammelten Mancipationszeugen dabei zum testimonium aufrief.

Zu dieser civilrechtlichen Testirform kam späterhin, indessen sicher schon vor Cicero's Zeit, hinzu eine leichtere, weniger complicirte Form, welche auf dem prätorischen Edicte beruhte. Es ertheilte nämlich der Prätor den schriftlich eingesetzten Erben, auf ihr Nachsuchen darum, ohne Rücksicht darauf, ob auch sonst alle Solennitäten des Civilrechtes, der Mancipation, dabei beobachtet worden, eine secundum tabulas bonorum possessio, wenn nur die Testamentsurkunde von sieben Zeugen besiegelt war, testamentum septem testium signaculis signatum.

Aus diesen civilrechtlichen und prätorischen Grundsätzen, in Ver-

bindung mit manchen kaiserlichen Constitutionen und Gewohnheiten, entwickelten sich im Laufe der Zeiten zuletzt diejenigen civilrechtlichen Testamentsformen, welche im neuesten römischen Rechte als die allein geltenden erscheinen. Namentlich war es Theodosius II., welcher es gestattete, sowohl mündlich, als schriftlich ein Civiltestament zu errichten, was Justinian bestätigt hat. Diese neueren Testamentsformen schließen sich insofern an die älteren, ja sogar an die ältesten an, als sie, wie diese, entweder zunächst auf öffentlicher Beglaubigung des unmittelbar dabei concurrirenden Staatsoberhauptes, oder seiner Behörden, oder lediglich auf der Privatauctorität zugezogener Zeugen beruhen.

Testamentorum autem genera initio duo fuerunt. Nam aut calatis comitiis faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est, cum belli causa ad pugnam ibant. Procinctus est enim expeditus et armatus exercitus. Alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri.

Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur. Qui neque calatis comitiis, neque in procinctu testamentum fecerat, is, si subita morte urguebatur, amico familiam suam, id est, patrimonium suum mancipio dabat, eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari vellet. Quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur.

Sed illa quidem duo genera in desuetudinem abierunt; hoc vero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. Sane nunc aliter ordinatur, atque olim solebat. Namque olim familiae emtor, id est, qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum obtinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet. Nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius, dicis gratia, propter veteris juris imitationem familiae emtor adhibetur. Eaque res ita agitur. Qui facit, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, quinque testibus, civibus romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam. In qua re his verbis familiae emtor utitur: familiam pecuniamque tuam endo mandatam tutelam custodelamque meam recipio, eaque quo tu jure testamentum facere possis, secundum legem publicam, hoc aere, et ut quidam adjiciunt, aeneaque libra esto mihi emta. Deinde aere percutit libram idque aes dat testatori, veluti pretii loco. Deinde testator, tabulas testamenti tenens, ita dicit: haec ita, ut in his tabulis cerisve scripta sunt, ita do, ita lego, ita

testor, itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote. Et haec dicitur nuncupatio. Gai. Comm. lib. II. §. 101—105.

Sed praedicta quidem nomina testamentorum ad jus civile referebantur. Postea vero ex edicto praetoris alia forma faciendorum testamentorum introducta est. Jure enim honorario nulla mancipatio desiderabatur, sed septem testium signa sufficiebant, cum jure civili signa testium non erant necessaria.

Sed cum paullatim, tam ex usu hominum, quam ex constitutionum emendationibus, coepit in unam consonantiam jus civile et praetorium jungi, constitutum est cet. §. 2. et 3. Inst. II, 10. de testamentis ordinandis.

§. 199.

Teſtamentsformen des Juſtinianiſchen Rechtes.

Inst. lib. II. tit. 10. de testamentis ordinandis. — Dig. lib. XXVIII. tit. 1. qui testamenta facere possunt et quemadmodum testamenta fiant. — Dig. lib. XXXVII. tit. 11. de bonor. possess. secundum tabulas. — Cod. lib. VI. tit. 23. de testamentis et quemadmodum testam. ordinentur. — Inst. lib. II. tit. 14. de militari testamento. — Dig. lib. XXIX. tit. 1. de testamento militis. — Cod. lib. VI. tit. 21. de testam. mil.

Wer hiernach ſein Teſtament dem Kaiſer ſelbſt überreicht und in die geheime Canzlei niederlegen läßt, iſt aller weiterer Förmlichkeiten überhoben. Eben ſo konnte vor der Obrigkeit ein Teſtament mündlich zu Protocoll erklärt werden, testamentum apud acta conditum, ohne daß wir das Genauere darüber wiſſen. Man nennt das heut zu Tage ein öffentliches Teſtament.

Wer aber ein ſ. g. Privatteſtament errichten will, der muß es regelmäßig vor ſieben männlichen, mündigen und auch ſonſt, zur Zeit ihrer Zuziehung, nach den Geſetzen fähigen, ſowie rogirten Zeugen, mit genauer Beobachtung einer gewiſſen Einheit des Ortes, der Zeit und des Teſtiractes ſelbſt, errichten. Will er nun mündlich teſtiren, ſo hat er vor jenen Zeugen, in einer beliebigen, jedoch ſämmtlichen Zeugen verſtändlichen Sprache, ſeinen letzten Willen zu erklären. Will er ſchriftlich teſtiren, ſo muß er die Teſtamentsurkunde vor den rogirten Zeugen als ſein Teſtament anerkennen, unterſchreiben und hierauf von ſämmtlichen Zeugen unterſchreiben und ſiegeln laſſen, subscribere et signare. Daneben iſt genau beſtimmt, wie es zu halten ſei, wenn der Teſtirer aus irgend ei-

nem Grunde nicht fähig ist, selber die Testamentsurkunde zu unterschreiben, indem dann ein Notarius, und nur wenn dieser nicht zu haben ist, ein achter Zeuge, octavus subscriptor, statt des Testirers, die Urkunde unterschreiben muß. Hat übrigens der Testirer die ganze Urkunde selbst geschrieben und diesen Umstand darin ausdrücklich erwähnt, so erscheint seine Unterschrift in Gegenwart der Zeugen als überflüssig. Die Testamentsurkunde braucht zwar nicht gerade in einer den Zeugen bekannten Sprache und eben so wenig eigenhändig von dem Testirer selbst geschrieben zu sein. Allein durch das senatusconsultum Libonianum aus der Zeit von Tiberius war dafür gesorgt, daß der Schreiber des fremden Testamentes das nicht mißbrauchte, um sich selber, oder einer unter seiner Gewalt stehenden Person dadurch, direct oder indirect, etwas, zu seinem Vortheile, zuzuschreiben. Wer dieses dennoch, sei es auch mit dem Willen des Testirers, thut, qui sibi ipsi aliquid adscribit, erreicht nicht blos seinen Zweck nicht, sondern verfällt sogar in die Strafe des falsi. Nur dann leidet das eine Ausnahme, wenn der Testirer eigenhändig die Notiz hinzufügt, daß es mit seinem Wissen und Willen geschrieben worden.

So die regelmäßige Form der Testamente. Doch giebt es ausnahmsweise Personen, für deren Testamente noch andere besondere, und zwar complicirtere und vermehrte Solennitäten vorgeschrieben sind. Dahin gehören Blinde und Stumme, welche lange Zeit gar nicht testiren konnten, und späterhin zwar zum Testiren zugelassen wurden, aber nur unter der Voraussetzung, daß sie jene besonderen Formalitäten, durch welche ihre persönliche Gebrechlichkeit gegen Irrthum und Betrug gesichert werden sollte, beobachteten. Umgekehrt sind aber auch gewisse Personen, im Gefolge von Standesprivilegien, wie die Soldaten, oder alle testirfähige Personen, wenn sie sich in gewissen besonderen Lagen, die ihnen die genaue Beobachtung aller gewöhnlichen Formalitäten unmöglich machen, oder sehr erschweren, z. B. auf dem Lande, befinden, bald von allen, bald wenigstens von einigen der regelmäßigen Formen dispensirt. S. g. privilegirte Testamente.

Natürlich ist mit der Errichtung des Testamentes und deren Form nicht zu verwechseln die Eröffnung der schriftlichen Testamente. Sie durfte natürlich nicht schon bei Lebzei-

ten des Testirers geschehen. Aber, nach dem Tode desselben konnte jeder, der ein rechtliches Interesse dabei hatte, darauf antragen. Die lex Julia vicesimaria bestimmte für sie eine feierliche, gerichtliche Form, in Gegenwart der zugezogenen Zeugen, oder, in deren Ermangelung, in Gegenwart anderer ehrenwerther Männer, denen das Testament vorgelesen wird, recitatio testamenti. Hauptzweck dieser solennen Eröffnung war der, den Staat, welchem von jeder testamentarisch zugewendeten Erbportion eine nicht unbedeutende Abgabe, die vicesima hereditaria gebührte, gegen Unterschleife zu sichern.

Omnium testamentorum solennitatem superare videtur, quod insertum mera fide precibus inter tot nobiles probatasque personas, etiam conscientiam principis tenet. Sicut ergo securus erit, qui actis cujuscunque judicis, aut municipum, aut aruibus privatorum mentis suae postremum publicavit judicium, ita nec de ejus unquam successione tractabitur, qui, nobis mediis et toto jure, quod in nostris est scriniis constitutum, teste, succedit. Honor. et Theodos. in c. 19. C. VI, 23. de testamentis et quemadmodum testamento ordinentur.

Constitutum est, ut uno eodemque tempore, quod jus civile quodammodo exigebat, septem testibus adhibitis et subscriptione testium, quod ex constitutionibus et ex edicto praetoris, signacula testamentis imponerentur, ut hoc jus tripartitum esse videatur, ut testes quidem et eorum praesentia uno contextu, testamenti celebrandi gratia, a jure civili descendant, subscriptiones autem testatoris et testium ex sacrarum constitutionum observatione adhibeantur, signacula autem et numerus testium ex edicto praetoris. Sed his omnibus ex nostra constitutione, propter testamentorum sinceritatem, ut nulla fraus adhibeatur, hoc additum est, ut per manum testatoris vel testium nomen heredis exprimatur et omnia secundum illius constitutionis tenorem procedant. —

Testes autem adhiberi possunt hi, cum quibus testamenti factio est. Sed neque mulier, neque impubes, neque servus, neque mutus, neque surdus, neque furiosus, neque cui bonis interdictum est, nec is, quem leges jubent improbum intestabilemque esse, possunt in numero testium adhiberi.

Si quis autem voluerit sine scriptis ordinare jure civili testamentum, septem testibus adhibitis et sua voluntate coram eis nuncupata, sciat, hoc perfectissimum testamentum jure civili firmumque constitutum. §. 3. 4. 6. et 14. Inst. II, 16. de testamentis ordinandis.

Si quis legatum sibi adscripserit, tenetur poena legis Corneliae, quamvis inutile legatum sit. Africanus in fr. 8. pr. D.

XLVIII, 10. de lege Cornelia de falsis et de Senatusconsulto Liboniano.

Supra dicta diligens observatio in ordinandis testamentis militibus, propter nimiam imperitiam, constitutionibus principalibus remissa est. Nam, quamvis hi neque legitimum numerum testium adhibuerint, neque aliam testamentorum solennitatem observaverint, recte nihilo minus testantur, videlicet quum in expeditionibus occupati sunt. Quod merito nostra constitutio induxit. Quoquo enim modo voluntas ejus suprema sive scripta inveniatur, sive sine scriptura, valet testamentum ex voluntate ejus. Pr. Inst. II, 11. de militari testamento.

§. 200.

Der mögliche und nothwendige Inhalt des Testamentes im Allgemeinen.

In einem Testamente können und dürfen allerdings letztwillige Anordnungen von mancherlei Art rechtsgültig getroffen, Vermächtnisse hinterlassen, Tutoren ernannt, Sclaven freigelassen werden u. s. w. Allein dasjenige, was den wesentlichen Inhalt eines jeden Testamentes, den es nothwendig enthalten muß, und welcher es von anderen, ebenfalls gültigen letzten Willensordnungen, den bloßen Codicillen charakteristisch unterscheidet, bildet, ist zunächst blos die (directi) heredis institutio.[1]) Nur unter Umständen gehört ebenfalls noch zu dem wesentlichen Inhalte des Testamentes die gesetzlich, bei Strafe der Nichtigkeit des ganzen Testamentes für den Unterlassungsfall, anbefohlene Berücksichtigung gewisser Angehörigen, wenn der Testirer solche hat.[2])

Von den Vermächtnissen, weil sie auch in Codicillen angeordnet werden können, wird passender weiter unten, in der Lehre von den s. g. Codicillardispositionen, das Speciellere folgen. Die gesetzlich, bei angedrohter Nichtigkeit, vorgeschriebene Berücksichtigung gewisser Angehörigen findet ihren natürlichen Platz bei Abhandlung der Erbfolge gegen den Inhalt eines Testamentes. Daher bedarf hier nur die directe Erbeseinsetzung einer genaueren Erörterung.

Testamenta vim ex institutione heredum accipiunt et ob id

---

[1]) S. oben §. 197.

[2]) S. unten §. 209.

veluti caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio. §. 34. Inst. II, 20. de legatis.

Non codicillum, sed testamentum aviam vestram facere voluisse, institutio et exheredatio facta probant evidenter. Diocletian. et Maxim. in c. 14. C. VI, 23. de testamentis et quemadmodum testamenta ordinentur.

§. 201.

Die Einsetzung des directen Erben insbesondere.

Gai. Comm. lib. II. §. 115 sq. — Inst. lib. II. tit. 14. de heredibus instituendis. — Dig. lib. XXVIII. tit. 5. de heredibus instituendis. — Cod. lib. VI. tit. 24. de hered. instit. et quae personae heredes institui non possunt.

Unter einem zu instituirenden heres versteht das römische Recht einen Nachfolger, der, für seine eigene Person, von dem Testirer dazu berufen ist, um unmittelbar, direct, in den Nachlaß, als Erbe und Repräsentant, einzutreten. Er wird dann, als directus heres, oder auch schlechtweg heres, besonders dem fideicommissarius heres entgegengesetzt.

Es können nun zwar gültig in demselben Testamente und für denselben Nachlaß mehrere directe Erben instituirt, und unter diese mehreren Miterben kann die Erbschaft von dem Testirer ganz nach Belieben, gleich oder ungleich, vertheilt werden. Aber es genügt auch schon die Einsetzung Eines einzigen Erben, welcher dann natürlich immer den gesammten Nachlaß erhält. Ob der Erbe unbedingt, oder unter einer, nur sonst im Allgemeinen statthaften aufschiebenden Bedingung ernannt wird, ist einerlei. Dagegen darf er nicht blos für eine bestimmte Zeit und eben deßhalb auch nicht unter einer Resolutivbedingung ernannt werden, indem jedenfalls, wer einmal Erbe geworden, für immer Erbe bleiben muß. Semel heres, semper heres. Unstatthafte Bedingungen gelten pro non scriptis. Außerdem war die Erbeseinsetzung, weil sie das caput testamenti bildete, nicht blos nothwendig, als Anfang, an die Spitze der ganzen testamentarischen Willensordnung zu stellen, sondern sie mußte auch gerade in lateinischer Sprache, mit befehlenden Worten und gewissen genau bestimmten Formeln, geschehen. Doch wird es damit, nach neuerem Rechte, besonders seit Constantin, nicht mehr so genau genommen.

Jedenfalls muß aber der Inſtituirte eine ſolche Perſon ſein, welche die testamenti factio, in dieſem Sinne des Wortes, hat. Uebrigens hat es mit dieſer testamenti factio, der ſ. g. paſſiven, eine andere Bewandtniß, als mit der zu der Teſtamentserrichtung erforderlichen, der ſ. g. activen. Wer die letztere hat, hat auch unbedingt im Allgemeinen die erſtere, nicht aber umgekehrt. Denn, obgleich nur römiſche Bürger aus römiſchen Teſtamenten erben können, ſo gilt doch die Erbeseinſetzung eines ſolchen, der zwar nicht für ſich ſelbſt, wohl aber für einen fähigen römiſchen Bürger die Erbſchaft erwerben kann. Namentlich kann ſehr wohl ein fremder servus, wenn er nur einem römiſchen Bürger angehört, gültig zum Erben inſtituirt werden, indem er dann, auf Befehl ſeines Herrn, die Erbſchaft für dieſen letzteren erwirbt. Damit iſt alſo nicht zu verwechſeln der Fall, wenn der Teſtirer ſeinen eigenen bisherigen Sclaven inſtituirt. Denn, da dieſer letztere dadurch eo ipso frei und Bürger wird, ſo erwirbt er die Erbſchaft ſeines ehemaligen Herrn für ſich ſelber. Filiifamilias eines Anderen konnten von jeher inſtituirt werden, indem ſie, wie servi, für ihren parens, auf deſſen Befehl, die Erbſchaft erwarben. Nach neuerem Rechte können ſie dieſelbe ſogar für ſich ſelbſt erwerben. Ueberhaupt ſetzt die paſſive testamenti factio keineswegs nothwendig die Fähigkeit, ſelbſt ein Teſtament machen zu können, voraus. Dagegen giebt es allerdings gewiſſe Perſonen, welchen, trotz ihrer Civität, aus beſonderen Gründen, von den Geſetzen die paſſive testamenti factio entzogen iſt. Dazu gehörten Frauenzimmer nur vorübergehend theilweiſe eine Zeit lang, im Gefolge der lex Voconia. Bleibend aber, wenigſtens bis auf Juſtinian, die incertae personae. Zu dieſen wurden urſprünglich auch alle postumi gerechnet, d. h. alle zur Zeit der Teſtamentserrichtung noch Ungeborene. Doch wurden in dem Teſtamente einer Mannsperſon ſchon früh die postumi sui ausgenommen, d. h. die noch ungeborenen Kinder des Teſtirers, deren Präterition das väterliche Teſtament rumpiren würde. Jedoch galt das anfangs nur von den nach dem Tode des Teſtirers geborenen Kindern und Enkeln, legitimi sui, wobei Aquilius Gallus eine eigene beſondere Formel für die Einſetzung der Enkel erfand, postumi Aquiliani. Erſt ſpäterhin geſtattete die lex Junia Velleja unter Auguſtus auch eine Einſetzung derjenigen sui,

welche es zwar nach der Testamentserrichtung, ohne noch bei Lebzeiten des Testirers werden, postumi Vellejani, womit auch die postumi Juliani zusammenhängen. Justinian endlich dehnte das auf alle andere postumi jeder Art aus, wenn sie auch nicht postumi sui sind.

Zunächst freilich kommt es, für die Frage von der ersten, anfänglichen Gültigkeit der Erbeseinsetzung, ut consistat institutio, nur darauf an, ob der Instituirte zur Zeit der Testamentserrichtung die testamenti factio habe. Indessen, für die Frage von der nachfolgenden Wirksamkeit der Erbeseinsetzung, ut effectum habeat institutio, ist es auch außerdem wesentlich, daß jene testamenti factio noch zur Zeit der Delation und der Erbschaftsantretung vorhanden sei.

Heres institui recte potest his verbis: Titius heres esto; Titius heres sit, Titium heredem esse jubeo. Illa autem institutio: heredem instituo, heredem facio, plerisque improbata est. Ulpiani Fragm. tit. XXI. §. 1.

Placuit — institutioni heredis verborum non esse necessariam observantiam, utrum imperativis et directis verbis fiat, aut inflexis. Nec enim interest, si dicatur: heredem facio, vel: instituo, vel: volo, vel: mando, vel: cupio, vel: esto, vel: erit, sed quibuslibet confecta sententiis, vel quolibet loquendi genere formata institutio valeat, si modo per eam liquebit voluntatis intentio. Constant. in c. 15. C. VI, 23. de testamentis et quemadmodum testamenta ordinentur.

Et unum hominem, et plures in infinitum, quod quis velit, heredes facere licet.

Hereditas plerumque dividitur in duodecim uncias, quae assis appellatione continentur. Habent autem et hae partes propria nomina, ab uncia usque ad assem, et puta haec: uncia, sextans, quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans, deunx, as. Non autem utique semper duodecim unciae esse oportet. Nam tot unciae assem efficiunt, quot testator voluerit. Et si unum tantum ex semisse verbi gratia heredem scripserit, totus as in semisse erit. Neque enim idem ex parte testatus, et ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles.

Si plures instituantur, ita demum partium distributio necessaria est, si nolit testator, eos ex aequis partibus heredes esse. Satis enim constat, nullis partibus nominatis, ex aequis partibus eos heredes esse, §. 4—6. Inst. II, 14. de heredibus instituendis.

Mulier — ab eo, qui centum millia aeris census est, per legem Voconiam heres institui non potest. Gai. Comm. II. §. 274.

In extraneis heredibus illud observatur, ut sit cum eis testamenti factio; — et id duobus temporibus inspicitur, testamenti quidem facti tempore, ut constiterit institutio; mortis vero testatoris, ut effectum habeat. Hoc amplius, et cum adit hereditatem, esse debet cum eo testamenti factio, sive pure, sive sub conditione heres institutus sit. Nam jus heredis eo maxime tempore inspiciendum est, quo adquirit hereditatem. Medio autem tempore, inter factum testamentum et mortem testatoris, vel conditionem institutionis existentem, mutatio juris non nocet heredi: quia, ut diximus, tria tempora inspici debent. Testamenti autem factionem non solum is habere videtur, qui testamentum facere potest, sed etiam qui ex alieno testamento vel ipse capere potest, vel alii adquirere, licet non possit facere testamentum. Et ideo furiosus, et mutus, et postumus, et infans, et filiusfamilias, et servus alienus testamenti factionem habere dicuntur. Licet enim testamentum facere non possint, attamen ex testamento vel sibi, vel alii adquirere possunt. §. 4. Inst. II, 19. de heredum qualitate et differentia.

Incerta persona institui heres non potest, veluti hoc modo: quisquis primus ad funus meum venerit, heres esto; quoniam certum consilium debet esse testantis.

Servos heredes instituere possumus, nostros cum libertate, alienos sine libertate, communes cum libertate, vel sine libertate. Ulpiani Fragm. tit. XXII. §. 3 et 7.

Heres pure et sub conditione institui potest: ex certo tempore, aut ad certum tempus non potest. — Impossibilis conditio in institutionibus et legatis, nec non fideicommissis et libertatibus, pro non scripta habetur. §. 9. et 10. Inst. II, 14. de heredibus instituendis.

§. 202.

Die Substitutionen, welche directe Erbeseinsetzungen enthalten.

Gaii Comm. lib. II. §. 174 sq. — Inst. lib. II. tit. 15. de vulgari substitutione. tit. 16. de pupillari substitutione. — Dig. lib. XXVIII. tit. 6. de vulgari et pupillari substitutione. — Cod. lib. VI. tit. 25. de institut. et substitution. tit. 26. de impuberum et aliis substitutionibus.

Im römischen Erbrechte kommt, unter dem allgemeinen Namen substitutiones, eine ganze Reihe von letztwilligen Verfügungen vor, welche, trotz ihrer sonstigen Verschiedenheit, doch das Gemeinschaftliche haben, daß sie sämmtlich eventuelle Berufungen zu einer Succession enthalten. Unter ihnen zeichnen sich einige dadurch aus, daß sie sich geradezu als eventuelle directe Erbeseinsetzungen darstellen. Eben deßhalb können

letztere, obwohl sie nicht gerade wesentlich in einem jeden Testamente vorzukommen brauchen, doch, wenn sie Gültigkeit haben sollen, lediglich in einem wahren Testamente angeordnet werden.

Die vulgaris substitutio, wohl die älteste Art, ist die Ernennung eines directen Erben, secundus heres, substitutus, für den Fall, daß ein anderer, von dem Testirer früher instituirter Erbe, primus heres, institutus, die Erbschaft aus irgend einem Grunde nicht erwerben sollte, in casum, si institutus heres non erit. Solcher gradus institutionum lassen sich mehrere hinter einander machen. Secundus, tertius, quartus heres. Auch können mehrere, neben einander instituirte Erben sich gegenseitig vulgariter substituirt werden.

Von ganz anderer Art ist die pupillaris substitutio, von der uns gesagt wird, sie sei moribus introducta, ohne daß sich jedoch die Zeit ihres Aufkommens genauer angeben läßt. Es kann hiernach der Testirer, nachdem er sich selber einen Erben ernannt hat, auch zugleich seinem unmündigen, unmittelbaren filiusfamilias einen directen Erben ernennen, nämlich für den Fall, daß dieser filiusfamilias, nach des testirenden Parens Tode, aber vor erreichter Mündigkeit, versterben sollte, in casum, si heres erit, sed intra pubertatem decesserit. Dieses Recht des Parens, auf solche Weise seinem filiusfamilias den dereinstigen Erben zu ernennen, also förmlich für ihn ein Testament zu errichten, ist, gerade so, wie das Recht der testamentarischen tutoris datio, ein reiner Ausfluß der patria potestas. Daß eine Vulgarsubstitution mit der Pupillarsubstitution verbunden werden kann, indem dieselbe Person in utrumque casum, zum Vulgarsubstituten und zum Pupillarsubstituten ernannt wird, — duplex substitutio — ist an sich nichts Besonderes. Wohl aber die gesetzliche Bestimmung, daß in der Pupillarsubstitution auch stillschweigend die Vulgarsubstitution und, nach einer Constitution von Marc Aurel, in der Vulgarsubstitution im Zweifel auch eine Pupillarsubstitution begriffen sein soll.

Endlich können auch noch Eltern, oder Großeltern, die Mutter, wie der Vater, die Großmutter, wie der Großvater, wenn sie ein ganz ohne lichte Zwischenräume wahnsinniges Kind

haben, dieſem für den Fall, daß es verſtirbt, ohne je zu Verſtande gekommen zu ſein, einen Erben ernennen. Dieſe ſ. g. quasi pupillaris substitutio, welche, als allgemeiner Rechtsgrundſatz, erſt von Juſtinian eingeführt iſt, hängt mit der väterlichen Gewalt weiter gar nicht zuſammen, ſondern iſt ein reines Aſcendentenrecht.

Potest autem quis in testamento suo plures gradus heredum facere, ut puta: si ille heres non erit, ille heres esto; et deinceps, in quantum velit testator, substituere potest, et novissimo loco in subsidium vel servum necessarium heredem instituere. Pr. Inst. II, 15. de vulgari substitutione.

Liberis suis impuberibus, quos in potestate quis habet, non solum, ut supra diximus, substituere potest, id est, ut si heredes ei non exstiterint, alius sit ei heres, sed eo amplius, ut, etsi heredes ei exstiterint, et adhuc impuberes mortui fuerint, sit ei aliquis heres, veluti si quis dicat hoc modo: Titius filius meus heres mihi esto. Si filius meus heres mihi non erit, sive heres erit, et prius moriatur, quam in suam tutelam venerit, tunc Sejus heres esto. Quo casu, siquidem non exstiterit heres filius, tunc substitutus patri fit heres. Si vero exstiterit filius et ante pubertatem decesserit, ipsi filio fit heres substitutus. Nam moribus institutum est, ut, cum ejus aetatis filii sint, in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant. — Igitur in pupillari substitutione, secundum praefatum modum, ordinata duo quodammodo sunt testamenta, alterum patris, alterum filii, tanquam si ipse filius sibi heredem instituisset. Pr. et §. 2. Inst. II, 16. de pupillari substitutione.

Drittes Capitel.

Die Delation der Erbſchaft ohne Teſtament, ab intestato.

§. 203.

Vorausſetzungen dieſer Delation.

Inst. lib. II. tit. 17. quibus modis testamenta infirmentur. — Dig. lib. XXVIII. tit. 3. de injusto, rupto, irrito facto testamento. tit. 4. de his, quae in testamento delentur, inducuntur, vel inscribuntur.

Intestatus verſtirbt und wird, als ſolcher, beerbt derjenige, welcher entweder niemals ein Teſtament errichtet, oder wenigſtens bei ſeinem Tode kein rechtsbeſtändiges Teſtament hin-

terlassen hat. In der letzteren Beziehung ist es auch im Ganzen einerlei, ob sein Testament gleich vom Anfange an, bei der Errichtung, nichtig war, weil es schon damals an irgend einer wesentlichen Voraussetzung seiner Gültigkeit mangelte, testamentum nullum, injustum, oder ob das anfangs gültig errichtete Testament hinterdrein seine Gültigkeit wieder verloren hat, durch den nachherigen Eintritt irgend eines Ereignisses, mit dem die fortdauernde Gültigkeit des Testamentes unvereinbar ist.

Es kann dieses nachtheilige Ereigniß vorerst die Person des Testirers treffen, indem er durch die maxima, media, oder minima capitis deminutio seine, bei der Testamentserrichtung vorhandene testamenti factio wieder verliert. Dann fällt das testamentum, als irritum, von selber um. Nur die Kriegsgefangenschaft, in welche der Testirer hinterdrein geräth, schadet der fortdauernden Gültigkeit seines schon vorher errichteten Testamentes nicht. Denn, kehrt er aus der Kriegsgefangenschaft zurück, so behält sein Testament, jure postliminii, volle Wirksamkeit. Verstirbt er aber in der Kriegsgefangenschaft, so wird sein Testament durch die lex Cornelia aufrecht erhalten, indem danach fingirt wird, der Testirer sei noch vor seiner Gefangennehmung, also noch als freier civis gestorben. Fictio legis Corneliae. Späterhin eintretender Wahnsinn steht der fortdauernden Gültigkeit des früher errichteten Testamentes schon an sich nicht entgegen.

Das nachtheilige Ereigniß kann ferner treffen den Inhalt des Testamentes, und zwar auf verschiedene Weise. Bald so, daß im Gefolge davon das Testament von selbst ungültig wird, indem entweder keiner der ursprünglich mit Wirksamkeit instituirten directen Erben die Erbschaft erwirbt, destitutum testamentum, oder ein postumus agnascirt, welcher das Testament rumpirt. Bald so, daß das Testament nicht schon von selbst, sondern erst durch eine bestimmte, zu diesem Zwecke vorgenommene Handlung ungültig wird. Dahin gehört die Anfechtung und Umwerfung des Testamentes, von Seiten gewisser Personen, deren gerechten Ansprüchen im Testamente nicht Genüge geschehen ist. Davon weiter unten das Genauere im vierten Capitel. Dahin gehört aber auch noch ganz besonders die eigene Handlung des Testirers, indem er von dem ihm, nach dem Wesen

des Testamentes, bis zum Tode unbedingt verbleibenden Rechte, seinen letzten Willen zu ändern und dadurch sein Testament zu rumpiren, Gebrauch macht. Dieses kann er bewerkstelligen, sowohl durch absichtliche Vernichtung der Testamentsurkunde, als durch Errichtung eines neuen, wenigstens anfangs gültigen Testamentes. Der bloße Widerruf des Testamentes rumpirt dasselbe nur unter gewissen, von Justinian genauer bestimmten Voraussetzungen, nämlich nur dann, wenn der Widerruf apud acta, oder vor drei Zeugen geschah, und überdieß zehn Jahre, von Errichtung des Testamentes an gerechnet, abgelaufen sind.

In allen diesen Fällen bleibt nun freilich ein solches ungültiges Testament, nach Civilrecht, für immer und alle Zeit ungültig, auch dann, wenn das, seiner Gültigkeit entgegenstehende Hinderniß noch zeitig gehoben werden sollte. Allein das prätorische Recht erhält, nach gehobenem Hindernisse, zwar nicht in allen Fällen, aber doch wenigstens unter Umständen das Testament aufrecht, nämlich durch eine, den darin eingesetzten Erben, auf ihr Nachsuchen darum, ertheilte secundum tabulas bonorum possessio.

Intestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit, aut id, quod fecerat, ruptum irritumve factum est, aut si ex eo nemo heres exstiterit. Pr. Inst. III, 1. de hereditatibus, quae ab intestato deferuntur.

Quae ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere non potest. — Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere. fr. 29. fr. 210. D. L, 17. de reg. jur.

Testamentum jure factum usque eo valet, donec rumpatur irritumve fiat

Rumpitur autem testamentum, quum, in eodem statu manente testatore, ipsius testamenti jus vitiatur. Si quis enim, post factum testamentum, adoptaverit sibi filium per imperatorem eum, qui est sui juris, aut per praetorem secundum nostram constitutionem eum, qui in potestate parentis fuerat, testamentum ejus rumpitur quasi agnatione sui heredis.

Posteriore quoque testamento, quod jure perfectum est, superius rumpitur. Nec interest, exstiterit aliquis heres ex eo, vel non; hoc enim solum spectatur, an aliquo casu existere potuerit. —

Alio quoque modo testamenta jure facta infirmantur, veluti cum is, qui fecerit testamentum, capite deminutus sit. Hoc autem casu irrita fieri testamenta dicuntur, cum alioquin, et quae

rumpuntur, irrita fiunt; et quae statim ab initio non jure fiunt, irrita sunt, et ea, quae jure facta sunt, postea propter capitis deminutionem irrita fiunt, possumus nihilomnius rupta dicere. Sed, quia sane commodius erat, singulas causas singulis appellationibus distingui, ideo quaedam non jure facta dicuntur, quaedam jure facta rumpi, vel irrita fieri. Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quae, ab initio jure facta, propter capitis deminutionem irrita facta sunt. Nam, si septem testium signis signata sunt, potest scriptus heres secundum tabulas testamenti bonorum possessionem agnoscere, si modo defunctus et civis romanus, et suae potestatis mortis tempore fuerit.

Ex eo autem solo non potest infirmari testamentum, quod postea testator id noluit valere, usque adeo, ut, et si quis, post factum prius testamentum, posterius facere coeperit, et, aut mortalitate praeventus, aut quia eum ejus rei poenituit, non perfecisset, divi Pertinacis oratione cautum est, ne alias tabulae priores jure factae irritae fiant, nisi sequentes jure ordinatae et perfectae fuerint. Pr. §. 1. 2. 4. 5 et 7. Inst. II, 17. quibus modis testamenta infirmantur.

Ejus, qui apud hostes est, testamentum, quod ibi fecit, non valet, quamvis redierit, sed quod, dum in civitate fuerat, fecit, sive redierit, valet jure postliminii, sive illic decesserit, valet ex lege Cornelia. §. 5. Inst. II, 12. quibus non est permissum facere testam.

Lege Cornelia, quae perinde successionem ejus confirmat, atque si in civitate decessisset. Ulpian. Fragm. tit. XXIII, §. 5.

Si nemo hereditatem adierit, nihil valet ex his, quae testamento scripta sunt. Pompon. in fr. 9. D. XXVI, 2. de testamentaria tutela.

§. 204.

Successionsfähigkeit und Successionsordnung.

Kommt es nun wirklich zur Intestatsuccession, so sind es besonders folgende drei Fragen, auf welche sich Alles dabei zurückführen läßt. Erstens, welche Arten von Angehörigen des Erblassers sind überhaupt zur Intestatsuccession gerufen? Zweitens, in welcher Ordnung und Reihenfolge sind sie vor, neben oder hinter einander gerufen? Endlich drittens, wenn mehrere zu gleicher Zeit und neben einander Gerufene wirklich mit einander zusammen zur Succession gelangen, wie wird dann die Erbschaft unter dieselben vertheilt?

In Rücksicht aller dieser Punkte, besonders der beiden ersteren, hat sich im Laufe der Zeit die Intestaterbfolge sehr ver-

ändert, so daß zuletzt ihr ursprünglicher Charakter fast ganz verwischt erscheint. Daher sind es auch zunächst jene zwei Hauptpunkte, welche, in der nachfolgenden geschichtlichen Darstellung, scharf hervorgehoben werden müssen.

§. 205.

Geschichte der Intestaterbfolge.

Gai. Comm. lib. III. §. 1. sq. — Inst. lib. III. tit. 1. de hereditatibus, quae ab intestato deferuntur. tit. 2. de legitima agnatorum successione. tit. 3. de senatusconsulto Tertulliano. tit. 4. de senatusconsulto Orphitiano. tit. 5. de successione cognatorum. tit. 6. de gradibus cognatorum. — Dig. lib. XXXVIII. tit. 6. Si tabulae testamenti nullae extabunt. unde liberi. tit. 7. unde legitimi. tit 8. unde cognati. tit. 16. de suis et legitimis heredibus. tit. 17. ad senatusconsultum Tertull. et Orphit. — Cod. lib. VI. tit. 4. unde liberi. tit. 15. unde legitimi et unde cognati. tit. 55—59.

Es liegt schon in der Natur der Sache, daß die Gesetze, in Ermangelung eines Testamentes, mit Rücksicht auf die bestehenden Familienverhältnisse, die hinterlassenen Angehörigen des Verstorbenen zu dessen Erbschaft berufen. Aber, welche Angehörigen dabei berücksichtigt werden, das hängt zunächst von den im Volke und Staate herrschenden Ansichten über das Familienwesen ab.

Was nun die legitima successio des älteren römischen Rechtes charakterisirte, war die eigenthümliche Beschränkung des Begriffes der Familie auf Agnation. Daher die Erscheinung, daß lange Zeit hindurch alle Intestaterbansprüche lediglich auf Agnation und deren Erweiterung, die Gentilität, gebaut waren, während bloße Cognation, als solche, selbst die allernächste, gar keine gesetzlichen Erbansprüche gewährte. Eine Folge davon war, daß durch eine jede minima capitis deminutio, die Jemand erlitt, für ihn alle Successionsrechte in derjenigen Familie, der er bisher angehört hatte, verloren gingen.[1])

Für die Agnaten und Gentilen war aber die Reihenfolge so bestimmt. Den ersten Platz nahmen ein die sui heredes[2]) eines verstorbenen männlichen Ascendenten, und zwar ohne Rücksicht auf Geschlecht, oder auf den Grad der Verwandtschaft, so

[1]) S. oben §. 78.

[2]) S. oben §. 78.

wie ohne Unterschied, ob dieses Suitätsverhältniß durch leibliche Geburt, oder durch Adoption und Arrogation, oder durch conventio in manum mariti, begründet worden. Diese sui wurden übrigens gar nicht erst zur väterlichen Erbschaft berufen, sondern ohne weiteres schon von selbst als Erben vorausgesetzt. Denn es wurde von dem Gesetze nur bestimmt, wer den Verstorbenen beerben sollte, wenn keine sui heredes da waren. Für diesen Fall wurde nämlich die Erbschaft deferirt dem agnatus proximus, und zwar so, daß mehrere, dem Grade nach gleich nahe, zusammen erbten. Ursprünglich galt auch hier kein Unterschied des Geschlechtes; doch trat schon sehr früh die Beschränkung ein, daß Frauenzimmer nur als consanguineae gerufen waren. Vestalische Jungfrauen erbten gar nicht ab intestato. Zuletzt, in Ermangelung auch der Agnaten, waren gerufen die Gentilen.[1])

War der Erblasser ein Freigelassener, so fand zwar, in Rücksicht der sui, dasselbe Verhältniß Statt, wie bei Freigeborenen, indem diese sui schon, ohne eigentliche Berufung, von selber Erben ihres Parens waren. Dagegen traten hier, in Ermangelung der sui, an die Stelle der nächsten Agnaten, da der Freigelassene so in der Regel keine hatte, der Patron, die Patronin, und deren Kinder.

Was die legitima hereditas ferner eigentlich charakterisirte, war der, auf einer strictен Interpretation der zwölf Tafeln beruhende, Grundsatz: in legitimis hereditatibus non est successio. Ein Grundsatz, der sich bei der Classe der sui sehr natürlich daraus erklärte, daß diese immer schon ipso jure Erben waren, aber bei der Classe der Agnaten etwas sehr Beengendes und Hartes hatte. Doch wurde er gemildert durch das allmählig entstandene Recht des nächsten Agnaten, die legitima hereditas schon vor ihrer Erwerbung an einen anderen Agnaten in jure zu cediren.[2])

An diesem Zustande der Intestaterbfolge änderte sich im Laufe der Zeit gar Manches, theils von selbst, namentlich durch das allmählige Verschwinden der Gentilität, theils durch das Eingreifen neuer Rechtssätze.

---

[1]) S. oben §. 80.

[2]) S. weiter unten. §. 236.

Dahin gehört vor Allem die Einwirkung des prätorischen Rechtes, durch Ausbildung der intestati bonorum possessio. Denn in den drei ersten, von ihm eingeführten Classen, ex edicto unde liberi, ex edicto unde legitimi und ex edicto unde proximi cognati, bot der Prätor die bonorum possessio nicht blos den schon nach Civilrecht berufenen Agnaten an, sondern auch sämmtlichen Cognaten, bis zum sechsten und theilweise bis zum siebenten Grade, manchen vor, manchen neben, manchen endlich wenigstens nach den Agnaten. In einer vierten Classe, ex edicto unde vir et uxor, wurde sogar, in Ermangelung aller successionsfähigen Verwandten, dem überlebenden Ehegatten die intestati bonorum possessio angeboten. War der zu Beerbende ein libertinus, so wurde seine Erbfolge vom Prätor zwar auf ähnliche Weise geordnet, doch daneben zugleich wieder mit Berücksichtigung der Ansprüche des Patronus und seiner Familie. Es bezogen sich darauf die Classen: ex edicto tamquam ex familia, ex edicto patronus, patrona, liberi et parentes patroni patronaeve und ex edicto unde cognati manumissoris. Endlich milderte das prätorische Recht den strengen civilrechtlichen Grundsatz: in legitimis hereditatibus non est successio, durch eine, wenigstens theilweise für die bonorum possessio eingeführte successio ordinum et graduum.

Allein auch das neuere Civilrecht selbst ließ, in mehreren Punkten, von der ursprünglichen Strenge der successio legitima nach. Denn, obgleich es im Ganzen seinem bisherigen Grundsatze, daß nur Agnation Successionsansprüche gewähre, getreu blieb, so räumte es doch ausnahmsweise, wenigstens gewissen Cognaten, schon in dieser ihrer Eigenschaft, einige beschränkte Erbansprüche ein. Namentlich gewährte das senatusconsultum Tertullianum, aus der Zeit von Hadrian, der Mutter ein Intestaterbrecht in den Nachlaß ihrer Kinder; jedoch nur unter der doppelten Voraussetzung, theils, daß die Mutter das jus trium, oder quatuor liberorum hatte, theils daß das verstorbene Kind nicht selber Kinder, oder einen Vater, oder einen frater consanguineus hinterläßt, welche allerdings der Mutter vorgehen. Ferner gab das senatusconsultum Orphitianum, aus der Zeit von Marc Aurel,

den Kindern ein Erbrecht in den Nachlaß ihrer Mutter, mit Ausschließung der übrigen legitimi heredes. Endlich gaben Valentinian II. und Theodos den Kindern ein Successionsrecht in den Nachlaß ihrer entfernteren mütterlichen Ascendenten.

Intestatorum ingenuorum hereditates pertinent primum ad suos heredes, id est liberos, qui in potestate sunt, ceterosque, qui liberorum loco sunt. Si sui heredes non sunt, ad consanguineos, id est, fratres et sorores ex eodem patre. Si nec hi sunt, ad reliquos agnatos proximos, id est, cognatos virilis sexus, per mares descendentes; ejusdem familiae. Id enim cautum est lege duodecim tabularum hac: si intestatus moritur, cui suus heres nec extabit, agnatus proximus familiam habeto. —

Ad feminas ultra consanguineorum gradum legitima hereditas non pertinet. Itaque soror fratri sororive legitima heres fit. Ulpiani Fragm. tit. XXVI. §. 1 et 6.

Si plures eodem gradu sunt agnati et — nemo eorum adierit, ad insequentem gradum ex lege hereditas non transmittitur, quoniam in legitimis hereditatibus successio non est. Ulpian. ibid. §. 5.

Si nullus agnatus sit, eadem lex duodecim tabularum gentiles ad hereditatem vocat. Gai. Comm. III. §. 17.

Libertorum intestatorum hereditas primum ad suos heredes pertinet, deinde ad eos, quorum liberti sunt, velut patronum, patronam, liberosve patroni. —

Legitimae hereditatis jus, quod ex lege duodecim tabularum descendit, capitis minutione amittitur. Ulpiani Fragm. tit. XXVII. §. 1. et 5.

Lex duodecim tabularum ita stricto jure utebatur, et praeponebat masculorum progeniem, et eos, qui per feminini sexus necessitudinem sibi junguntur, adeo expellebat, ut nequidem inter matrem et filium filiamve ultro citroque hereditatis capiendae jus daret, nisi quod praetores ex proximitate cognatorum eas personas ad successionem, bonorum possessione unde cognati accommodata, vocabant. Sed juris angustiae postea emendatae sunt. Et primus quidem divus Claudius matri, ad solatium liberorum amissorum, legitimam eorum detulit hereditatem. Postea autem senatusconsulto Tertulliano, quod divi Hadriani temporibus factum est, plenissime de tristi successione matri, non etiam aviae deferenda cautum est, ut mater ingenua, trium liberorum jus habens, libertina quatuor, ad bona filiorum filiarumve admittatur intestatorum mortuorum. Pr. §. 1. 2 et 3. Inst. III, 3. de senatusconsulto Tertulliano.

Per contrarium autem, ut liberi ad bona matrum intestatarum admittantur, senatusconsulto Orphitiano, Orphitio et Rufo consulibus, effectum est, quod latum est divi Marci temporibus, et

data est tam filio, quam filiae legitima hereditas, etiamsi alieno juri subjecti sunt, et praeferuntur et consanguineis et agnatis defunctae matris. Pr. Inst. III, 4. de senatusconsulto Orphitiano.

Et cum de testamentis prius locutus est, ad intestatos transitum fecit. Et primo loco suis heredibus et his, qui ex edicto praetoris suis connumerantur, dat bonorum possessionem, quae vocatur unde liberi. Secundo legitimis heredibus. Tertio decem personis, quas extraneo manumissori praeferebat. Sunt autem decem personae hae; pater, mater, avus, avia, tam paterni, quam materni, item filius, filia, nepos, neptis, tam ex filio, quam ex filia, frater, soror, sive consanguinei, sive uterini. Quarto cognatis proximis. Quinto tanquam ex familia. Sexto patrono et patronae liberisque eorum et parentibus. Septimo viro et uxori. Octavo cognatis manumissoris. §. 3. Inst. III, 9. de bonorum possessionibus.

§. 206.

Succession nach der Novelle 118, in ihren Grundzügen.

In der angegebenen Weise fand Justinian ein höchst complicirtes Intestaterbfolgesystem vor, zusammengesetzt aus Bruchstücken der alten und neueren legitima hereditas, welcher, trotz mancher entgegengesetzter Bestrebungen der neueren Civilgesetze, immer noch die reine Agnatensuccession der zwölf Tafeln, als Regel, zum Grunde lag, und aus der bonorum possessio. Nachdem er erst noch manches Einzelne geändert, entschloß er sich zuletzt zu einer durchgreifenden Umgestaltung der civilrechtlichen Intestaterbfolge. Diese neueste legitima hereditas ist im Ganzen auf die Grundlage der intestati bonorum possessio gebaut, deren leitende Principien, jedoch zum Theil noch entschiedener und durchgreifender, auf die hereditas übertragen sind. Sie wird heut zu Tage gewöhnlich nach der Hauptconstitution, worauf sie beruht, nach der Novelle 118 vom J. 543 benannt. Doch erhielt diese Novelle 118 einen wichtigen Zusatz durch den, sich daran knüpfenden Inhalt der Novelle 127 vom J. 547.

Die Grundzüge dieser neuen civilrechtlichen Intestatsuccession sind folgende.

Einen Anspruch auf gesetzliche Erbfolge gewährt theils Verwandtschaft mit dem Verstorbenen, wobei die Cognation, insofern sie nur juristisch anerkannt ist, nunmehr wirklich der Agnation vollkommen gleich steht, theils das Eheverhältniß, in welchem man zu dem Erblasser gestanden. Bloße Verschwäge-

rung, oder s. g. Stiefverwandtschaft gewährt niemals Successionsansprüche.

Alle diese successionsfähigen Angehörigen und Verwandten sind nun in einer bestimmten Ordnung und in bestimmten Classen, ordines, zur Erbfolge gerufen. Danach schließt zwar ein jeder frühere ordo, jede nähere Classe die entferntere, später berufene aus, so wie auch zuweilen, jedoch keineswegs unbedingt und immer, in derselben Classe von Verwandten, der dem Grade nach Nähere den dem Grade nach Entfernteren ausschließt. Allein es gilt doch dabei, und zwar noch vollständiger, als bisher nach dem prätorischen Rechte, was offenbar hier wieder zum Grunde liegt, volle s. g. successio ordinum et graduum.

Was nun zuvörderst die Erbfolge der eigentlichen Verwandten betrifft, so werden allerdings von Justinian dabei drei Arten derselben, die Descendenten, die Ascendenten und die Seitenverwandten, als solche, von einander geschieden; jedoch nicht so, daß jede dieser Arten von Verwandten immer eine besondere, von der Erbfolge der übrigen ganz separirte Classe für sich bildet, sondern es sind zuweilen Verwandte verschiedener Art, mit und neben einander, in derselben Classe gerufen. In der ersten Classe sind allerdings gerufen blos die successionsfähigen Descendenten des Erblassers, aber diese auch ohne Rücksicht auf Geschlecht, väterliche Gewalt, sogar ohne Rücksicht auf den Grad ihrer Verwandtschaft mit dem zu beerbenden Ascendenten, wenn sie nur zu ihm im unmittelbaren Descendentenverhältnisse stehen. In der zweiten Classe sind dagegen, mit und neben einander, zur Erbfolge berufen Verwandte ganz verschiedener Art. Vorerst nämlich die successionsfähigen Ascendenten des Erblassers, aber freilich, wenn mehrere vorhanden sind, nur die dem Grade nach nächsten. Außerdem sind zugleich, mit und neben den Ascendenten, auch gewisse Seitenverwandte gerufen, nämlich die successionsfähigen vollbürtigen Geschwister des Erblassers, so wie die Söhne und Töchter von schon früher gestorbenen vollbürtigen Geschwistern des Erblassers. In der dritten Classe folgen nunmehr die halbbürtigen Geschwister des Erblassers und die Söhne und Töchter früher verstorbener halbbürtiger Geschwister. An diese schließen sich endlich, in der vierten Classe, die übrigen Seitenverwandten des Erblassers an, welche sämmtlich, ohne weiteren Unter-

schied zwischen Vollbürtigkeit und Halbbürtigkeit, jedoch nach der Nähe des Grades, berufen sind.

Man hat diese vier Classen in folgende s. g. Memorialverse gebracht:

Descendens omnis succedit in ordine primo;
Ascendens propior, germanus filius ejus;
Tunc latere ex uno junctus, quoque filius ejus;
Denique proximior reliquorum quisque superstes.

Was die Successsion der Ehegatten, als solcher, betrifft, so bietet vorerst der Prätor, ex edicto unde vir et uxor, in Ermangelung aller successionsfähigen Verwandten überhaupt, jedem überlebenden Ehegatten, ohne Unterschied dem Wittwer, wie der Wittwe, in Form einer intestati bonorum possessio, den gesammten Nachlaß des Verstorbenen an. Allein die Wittwe kann, unter gewissen Verhältnissen, selbst wenn ihr verstorbener Mann successionsfähige Verwandte irgend einer Art hinterläßt, nach dem neuesten Civilrechte, neben jenen Verwandten, wenigstens einen bestimmten Theil, regelmäßig ein Viertel, von seinem Nachlasse in Anspruch nehmen, nämlich dann, wenn sie arm und indotirt ist, während ihr Mann wohlhabend verstarb.

Die Art der Vertheilung des Nachlasses unter mehrere Intestaterbcompetenten, welche zugleich und neben einander zur Successsion gelangen, bestimmen die Gesetze selbst, jedoch nach den Umständen sehr verschieden. Bald wird getheilt in capita, bald in stirpes, oder lineas, bald wird ein anderes, ganz besonderes Theilungsprincip dabei zum Grunde gelegt. Wo blos Einer zur Successsion gelangt, erhält er natürlich immer den ganzen Nachlaß; eine einzige, singuläre Ausnahme abgerechnet.

Adfinitatis jure nulla successio permittitur. Diocletian. in c. 7. C. VI, 59. communia de successionibus.

Nullam veram volumus esse differentiam in quacunque successione aut hereditate inter eos, qui ad hereditatem vocantur, masculos ac feminas, quos ad hereditatem communiter definimus vocari, sive per masculi, sive per feminae personam defuncto jungebantur, sed in omnibus successionibus agnatorum cognatorumque differentiam vacare, praecipimus. Justinianus in Nov. 118. c. 4.

Quia igitur omnis generis ab intestato successio tribus cognoscitur gradibus, hoc est ascendentium et descendentium et

ex latere, quae in agnatos, cognatosque dividitur, primam esse disponimus descendentium successionem.

Si quis igitur descendentium fuerit ei, qui intestatus moritur, cujuslibet naturae aut gradus, sive ex masculorum genere, sive ex feminarum descendens, et sive suae potestatis, sive sub potestate sit, omnibus ascendentibus et ex latere cognatis praeponatur. —

Si igitur defunctus descendentes quidem non relinquat heredes, pater autem, aut mater, aut alii parentes ei supersint, omnibus ex latere cognatis praeponi sancimus, exceptis solis fratribus ex utroque parente conjunctis. Si autem plurimi ascendentium vivunt, hos praeponi jubemus, qui proximi gradu reperiuntur, masculos et feminas, sive paterni, sive materni sint. —

Si igitur defunctus neque descendentes, neque ascendentes reliquerit, primos ad hereditatem vocamus fatres et sorores ex eodem patre et ex eadem matre natos, quos etiam cum patribus ad hereditatem vocavimus. His autem non existentibus in secundo ordine illos fratres ad hereditatem vocamus, qui ex uno parente conjuncti sunt defuncto, sive per patrem solum, sive per matrem. Si autem defuncto fratres fuerint et alterius fratris, aut sororis praemortuorum filii, vocabuntur ad hereditatem isti cum de patre et matre thiis masculis et feminis, et quanticunque fuerint tantam ex hereditate percipient portionem, quantam eorum parens futurus esset accipere, si superstes esset. —

Si vero neque fratres, neque filios fratrum, sicut diximus, defunctus reliquerit, omnes deinceps a latere cognatos ad hereditatem vocamus, secundum uniuscujusque gradus praerogativam, ut viciniores gradu ipsi reliquis praeponantur. Justinianus in Nov. 118. c. 1. 2 et 3.

Maritus et uxor ab intestato invicem sibi in solidum pro antiquo jure succedunt, quoties deficit omnis parentum liberorumve seu propinquorum legitima, vel naturalis successio, fisco excluso. Theodos. in c. un. C. VI, 18. unde vir et uxor.

Viertes Capitel.

Von der Delation der Erbschaft gegen den Inhalt eines Testamentes.

§. 207.

Einleitung.

Ursprünglich war der Testirer, in Rücksicht des Inhaltes seines Testamentes, durch keine andere Prohibitivvorschrift be-

schränkt, als durch die, schon im Begriffe des Testamentes liegende, daß er überhaupt in gehöriger Art einen directen Erben instituiren mußte. Dagegen stand ihm, in Rücksicht derjenigen Personen, welche er instituiren, oder sonst letztwillig bedenken wollte, ihre testamenti factio vorausgesetzt, ganz freie Wahl zu. Namentlich brauchte er im Testamente auf seine Angehörigen, selbst die ihm zunächst stehenden, wenn er nicht wollte, weiter keine Rücksicht zu nehmen, sie weder zu Erben einzusetzen, noch sonst letztwillig ihnen etwas zuzuwenden. Erst allmählig kamen, zu sehr verschiedenen Zeiten, theils durch gesetzliche Vorschrift, theils durch den Gerichtsgebrauch, mancherlei Beschränkungen des Testirers auf, indem ihm zur Pflicht gemacht wurde, gewisse nahe Angehörige auf gewisse Weise zu berücksichtigen, widrigenfalls sein Testament entweder gleich vom Anfange an ungültig war, oder, sei es durch Anfechtung, oder sonst, wenigstens hinterdrein umgestoßen werden konnte.

In allen diesen Fällen kommt es dann möglicherweise, bald mehr, bald weniger durchgreifend, bald schon nach dem Civilrechte, bald wenigstens mit Hülfe des prätorischen Rechtes, zu einer Erbfolge *gegen den bestimmt ausgesprochenen Inhalt eines vorhandenen Testamentes*. Einen allgemeinen Kunstausdruck für alle Fälle dieser Art giebt uns das römische Recht nicht an die Hand, indem die sehr entsprechende Bezeichnung einer **successio contra tabulas testamenti**, in unseren Rechtsquellen, nur für gewisse Fälle der Art bei der **bonorum possessio**, nicht auch bei der **hereditas** vorkommt. Jedenfalls stellt sich eine solche Succession als eine eigenthümliche, sowohl von der testamentarischen, als von der Intestaterbfolge oft wesentlich verschiedene Delationsart dar. Allerdings führt sie zuweilen, im Resultate, zu einer Intestaterbfolge. Allein das ist dann mehr nur etwas Zufälliges. Denn umgekehrt wird nicht selten dadurch die gewöhnliche Intestaterbfolge bedeutend modificirt, indem wenigstens manche Theile des Testamentes daneben in Kraft verbleiben. Außerdem wird die Delation der Erbschaft hier sehr oft auf einem ganz besonderen, ungewöhnlichen Wege erst vorbereitet, oder herbeigeführt. Darauf beruht denn auch die wichtige Möglichkeit, daß ein solches Testament, trotz dem in ihm enthaltenen Fehler, dennoch unangefochten fort-

bestehen, oder daß sein Fehler hinterdrein wieder geheilt werden kann.

§. 208.

Die Verpflichtung des Testirers, gewisser Angehörigen formell im Testamente zu gedenken.

Gai. Comm. lib. II. §. 123. sq. — Inst. lib. II. tit. 13. de exheredatione liberorum. tit. 17. quibus modis testamenta infirmantur. — Dig. lib. XXVIII. tit. 2. de liberis et postumis heredibus instituendis, vel exheredandis. — Cod. lib. VI. tit. 28. de liberis praeteritis vel exheredatis. tit. 29. de postumis heredibus instituendis, vel exheredandis, vel praeteritis. — Dig. lib. XXXVII. tit. 4. de bonorum possessione contra tabulas. — Cod. lib. VI. tit. 12. de bonorum possessione contra tabulas quam, praetor liberis pollicetur.

Die älteste Beschränkung des Testirers bestand in der streng civilrechtlichen Verpflichtung, rite zu testiren, d. h. wenn er sui hatte, dieser jedenfalls im Testamente so zu gedenken, daß er sie entweder förmlich zu Erben einsetzte, instituirte, oder förmlich für enterbt erklärte, exheredirte. Dabei wurde es ursprünglich mit der Exheredation des filius suus weit strenger genommen, wie mit der von anderen suis, bis Justinian sie, in dieser Beziehung, alle gleich stellte. Die Präterition eines suus hatte die Folge, daß das Testament von selbst nichtig war, und zwar in allen seinen Theilen. Der Grund davon war der, weil, nach römischer Ansicht, die sui schon ipso jure und mit Nothwendigkeit, durch den Tod ihres parens, dessen Erben werden, wenn der parens nicht ausdrücklich, durch ihre Exheredation, diese Wirkung seines Todes ausgeschlossen hat. Indessen blieb sich das Civilrecht dabei nicht ganz consequent. Denn, es knüpfte jene strenge Folge lange Zeit nur an die Präterition des filius suus, während die Präterition der übrigen sui nur eine Modificirung der testamentarischen Beerbung, zu Gunsten der Präterirten herbeiführte, und zwar in der Art, daß die präterirten Töchter, oder Enkel den eingesetzten Erben adereścirten, d. h. mit ihnen erbten, nämlich in partem virilem, wenn sui instituirt waren; wenn es andere Erben waren, in dimidiam partem. Allein auch hierin hat Justinian alle sui den Söhnen gleich gestellt. Die Präterition eines postumus suus

rumpirte wenigstens, durch das Agnasciren des postumus, hinterdrein das Testament.

Da alles dieses nur Wirkung der Suität war und diese durch Emancipation vernichtet wurde, so schadete die Präterition emancipirter Kinder, nach dem Civilrechte, der Gültigkeit eines Testamentes in keiner Art. Doch nahm sich das prätorische Recht der letzteren wenigstens dann an, wenn sie theils leibliche Descendenten, theils solche waren, die, abgesehen von der Emancipation, in der Lage der sui sein würden. Es waren das diejenigen, welche zur b. p. intestati ex edicto unde liberi gerufen sind. Zwar fand der Prätor in der Präterition solcher Kinder, an und für sich, keinen so wesentlichen Mangel, daß er deßhalb im Allgemeinen die secundum tabulas bonorum possessio aus einem solchen Testamente verweigert hätte. Allein er gestattete doch den präterirten Emancipirten, durch Agnition einer contra tabulas bonorum possessio, welche der secundum tabulas bonorum possessio insofern noch vorging, das Testament des Ascendenten, aus jenem Grunde der praeteritio, anzufechten und umzuwerfen. Der Erfolg war dann der, daß, nach Umwerfung des Testamentes, zum Vortheile sowohl der präterirten, als der instituirten Descendenten, eine ganz eigenthümliche Successsion, zum Theil gegen, zum Theil aber auch noch nach dem Inhalte des Testamentes, begründet wurde. Sie darf also nicht als eine gewöhnliche reine Intestatsuccession, wie diese, nach gänzlicher Beseitigung eines Testamentes, einzutreten pflegt, angesehen werden.

Ganz frei von dieser Beschränkung sowohl des Civil- als des prätorischen Rechtes, war das testamentum militis.

Sui heredes instituendi sunt, vel exheredandi. Sui autem heredes sunt liberi, quos in potestate habemus, tam naturales, quam adoptivi, item uxor, quae in manu est, et nurus, quae in manu est filii, quem in potestate habemus. Postumi quoque liberi, id est, qui in utero sunt, si tales sunt, ut nati in potestate nostra futuri sint, suorum heredum numero sunt. Ex suis heredibus filius quidem, neque heres institutus, neque nominatim exheredatus, non patitur valere testamentum. Reliquae vero personae liberorum, velut filia, nepos, neptis, si praeteritae sint, valet testamentum, sed scriptis heredibus adcrescunt, suis quidem heredibus in partem virilem, extraneis in partem dimidiam. Postumi

quoque liberi cujuscunque sexus omissi, quod valuit testamentum, agnatione rumpitur. — Filius, qui in potestate est, si non instituatur heres, nominatim exheredari debet. Reliqui sui heredes utriusque sexus aut nominatim, aut inter ceteros. Ulpiani Fragm. tit. XXII. §. 14—21.

Itaque post mortem patris (sui) non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. Hac ex causa, licet non sint heredes instituti, domini sunt, nec obstat, quod licet eos exheredare, quod et vendere licebat. Paulus in fr. 11. D. XXVIII, 1. de liberis et postumis.

Emancipatos liberos cum jure civili neque heredes instituere, neque exheredare necesse sit, tamen praetor jubet, si non instituantur heredes, exheredari, masculos omnes nominatim, feminas vel inter ceteros. Alioqui contra tabulas bonorum possessionem eis pollicetur. Ulpiani Fragm. tit. XXII. §. 23.

Sed haec quidem vetustas introducebat. Nostra vero constitutio inter masculos et feminas in hoc jure nihil interesse existimans, quia utraque persona in hominum procreatione similiter naturae officio fungitur, et lege antiqua duodecim tabularum omnes similiter ad successiones ab intestato vocabantur, quod et praetores postea secuti esse videntur, ideo simplex ac simile jus et in filiis, et in filiabus, et in ceteris descendentium per virilem sexum personis non solum natis, sed etiam postumis, introduxit, ut omnes, sive sui, sive emancipati sunt, aut heredes instituantur, aut nominatim exheredentur, et eundem habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmanda et hereditatem auferendam, quem filii sui, vel emancipati habent, sive jam nati sunt, sive, adhuc in utero constituti, postea nati sunt. §. 5. Inst. II, 13. de exheredatione liberorum.

§. 209.

Die Verbindlichkeit des Testirers, gewisse Angehörige auf die gesetzliche Weise zu bedenken, d. h. ihnen den Pflichttheil zuzuwenden.

Inst. lib. II. tit. 18. de inofficioso testamento. — Dig. lib. V. tit 2. de inoff. test. — Cod. lib. III. tit. 28. de inoff. test. tit. 29. de inofficiosis donationibus. — Inst. lib. III. tit. 7. (8.) de successione libertorum. — Dig. lib. XXXVIII. tit. 2. de bonis libert. — Cod. lib. VI. tit. 4. de bonis libert. et jure patron. tit. 13. de bonorum possessione contra tabulas liberti, quae patronis liberisque eorum datur.

Die eben erwähnte Pflicht, seine sui und emancipati förmlich zu instituiren, oder zu exheredіren, enthielt für den Testirer im Grunde nur eine formelle Beschränkung. Denn er wurde da-

durch keineswegs genöthigt, wider seinen Willen jenen Personen etwas von seinem Nachlasse zuzuwenden, wenn er nur dabei die vorgeschriebene Form der Exheredation beobachtete. Umgekehrt schützte freilich auch eine letztwillige Zuwendung, außer der Form der Institution, nicht gegen die Folgen der Präterition. Aber allmählig bildete sich daneben, obwohl sonst ganz unabhängig davon, zunächst durch einen etwas schwankenden Gerichtsgebrauch in den Centumviralgerichten, der jedoch späterhin durch Gesetze Bestätigung und festere Gestalt erhalten hat, eine neue, mehr das materielle Interesse seiner Angehörigen bezweckende Verpflichtung für den Testirer. Auch trifft diese nicht blos den testirenden männlichen Ascendenten, als solchen, im Verhältnisse zu seinen suis und den ihnen gleich gestellten emancipatis, sondern möglicher Weise jeden Testirer, ohne Rücksicht auf das Geschlecht, oder auf patria potestas. Nur das Militärtestament ist auch von dieser gesetzlichen Beschränkung ganz frei.

Der Testirer soll nun hiernach, aus Rücksichten der Pietät, gewisse nahe Angehörige, welchen, nach dem Civil- oder prätorischen Rechte, Intestaterbansprüche gegen ihn zustehen, in seinem Testamente nicht ganz unbedacht, und ohne irgend eine letztwillige Zuwendung lassen. Er muß ihnen vielmehr wenigstens einen gesetzlich bestimmten Theil desjenigen, was ihnen von dem Nachlasse, als Intestatportion, zugefallen sein würde, die portio lege debita, portio legitima, den jetzt s. g. Pflichttheil, letztwillig, einerlei übrigens, ob in Form der Erbeseinsetzung, oder eines bloßen Vermächtnisses, zuwenden. Doch nur dann, wenn sie nicht etwa, durch ihr schlechtes Betragen, ihm, dem Testirer gegenüber, eine solche Zurücksetzung verdient haben. Ein Pflichttheil dieser Art gebührte nun, unter allen Verhältnissen, den Descendenten und Ascendenten des Testirers, indem sie zum mindesten die Zuwendung des vierten Theiles ihrer Intestatportion, der quarta Falcidia, verlangen konnten. Für sie begründete daher eine jede gänzliche Entziehung, oder auch nur theilweise Schmälerung des Pflichttheiles, es mochten ihnen auch noch so ehrbare Personen im Testamente vorgezogen worden sein, eine Kränkung, welche sie sich nicht gefallen zu lassen brauchten. Dagegen die vollbürtigen Geschwister und die halbbürtigen vom Vater her brauchten sich wenigstens den Schimpf, daß ihnen infame, oder sonst anrüchige

Personen vom Testirer vorgezogen wurden, nicht gefallen zu lassen.

Hat der Testirer dieser Pflicht nicht Genüge geleistet, so macht das zwar, weder nach Civil- noch nach prätorischem Rechte, das Testament von selbst ungültig. Allein es können die dadurch gekränkten und in ihren Ansprüchen verletzten Pflichttheilsberechtigten, nach des Testirers Tode, innerhalb fünf Jahre, sein Testament deßhalb, mittelst der querela inofficiosi testamenti, als ein pflichtwidriges, unter dem, freilich nicht consequent durchgeführten Vorwande, der Testirer müsse verrückt gewesen sein, anfechten und dadurch umwerfen. Es kommt dann, wenn sie den Proceß gegen die eingesetzten Erben gewinnen, zum Eintritte der Intestaterbfolge, obgleich nicht ganz rein, sondern mit einigen Modifikationen. Uebrigens ist diese querela inofficiosi testamenti, nach deren Analogie sich späterhin auch eine querela inofficiosae donationis, s. dotis gebildet hat, eine gesetzlich durchaus nicht begünstigte Klage, woraus sich manche Eigenthümlichkeiten derselben einfach erklären.

Justinian hat späterhin den Betrag des Pflichttheiles, wenigstens sicher für die Descendenten, den Umständen nach, bald auf die Hälfte, bald auf ein Drittheil ihrer Intestatportion erhöht, und auch noch sonst manche neue Bestimmungen über das Recht zur Anstellung der querela inofficiosi testamenti getroffen. Dahin gehört namentlich, daß nur eine gänzliche Entziehung des Pflichttheiles zu einer solchen Anfechtung des Testamentes, als eines inofficiosen, den Verletzten zur Anstellung jener Querel berechtigt. Denn, ist ihm zwar etwas, aber zu wenig zugewendet, so darf er nur, salvo testamento, das ihm an dem vollen Betrage des Pflichttheiles noch Mangelnde von den instituirten Erben klagend nachfordern. S. g. actio ad supplendam legitimam.

Eine natürliche Folge des Patronatsverhältnisses war es, daß auch der patronus und die patrona Anspruch auf einen gewissen Pflichttheil hatten, wenn der Freigelassene ein Testament errichtet, und nicht selber leibliche Descendenten, die ihn ab intestato beerben, hatte. Doch bestimmte sich sowohl die Größe dieser legitima portio, als auch die Art, wie der Anspruch darauf geltend gemacht werden konnte, nach anderen Grundsätzen, als den bei Freigeborenen geltenden.

Quia plerumque parentes sine causa liberos suos vel exheredant, vel omittunt, inductum est, ut de inofficioso testamento agere possint liberi, qui queruntur, aut inique se exheredatos, aut inique praeteritos, hoc colore, quasi non sanae mentis fuerunt, cum testamentum ordinarent. Sed hoc dicitur, non quasi vere furiosus sit; sed recte quidem fecit testamentum, non autem ex officio pietatis. Nam, si vere furiosus est, nullum est testamentum.

Non tantum autem liberis permissum est, parentum testamentum inofficiosum accusare, verum etiam parentibus liberorum. Soror autem et frater turpibus personis, scriptis heredibus ex sacris constitutionibus praelati sunt. Non ergo contra omnes heredes agere possunt. Ultra fratres igitur et sorores cognati nullo modo aut agere possunt, aut agentes vincere.

Quartam quis debet habere, ut de inofficioso testamento agere non possit; sive jure hereditario, sive jure legati, vel fideicommissi, vel si mortis causa ei quarta donata fuerit, vel inter vivos, in his tantummodo casibus, quorum nostra constitutio mentionem facit, vel aliis modis, qui constitutionibus continentur. Pr. §. 1 et 7. Inst. II, 18. de inofficioso testamento.

Tam autem naturales liberi, quam, secundum nostrae constitutionis divisionem, adoptati, ita demum de inofficioso testamento agere possunt, si nullo alio jure ad defuncti bona venire possint. Nam, qui ad hereditatem totam, vel partem ejus alio jure veniunt, de inofficioso agere non possunt. §. 2. Inst. eod.

§. 210.

Die neueste Beschränkung des Testirers durch die Novelle 115.

Justinian fügte den beiden, von ihm schon vorgefundenen gesetzlichen Beschränkungen des Testirers, durch die Novelle 115, noch eine dritte hinzu, deren Verhältniß zu jenen früheren freilich nicht in allen Punkten ganz klar ist.

Er verordnete nämlich, der Testirer müsse nicht blos seine Descendenten, oder Ascendenten, falls sie nicht die Enterbung verdient, auf die bisherige Weise mit dem Pflichttheile bedenken, sondern sie auch bei dieser Gelegenheit noch dadurch besonders ehren, daß er sie im Testamente zu directen Erben instituire. Bloßes Zuwenden von Vermächtnissen genügt also dabei nicht mehr, wie ehemals.

Er verordnete ferner, daß der Testirer zwar seine pflichttheilsberechtigten Descendenten, oder Ascendenten von dem Pflichttheile ausschließen dürfe, aber nicht mehr nach richterlichem Er-

meſſen über den Grund, oder Ungrund der Ausſchließung, ſondern nur aus gewiſſen, in dieſem neuen Geſetze ſelbſt genau, ſowohl für die Deſcendenten, als die Aſcendenten, beſtimmten Gründen. Auch muß ein ſolcher Grund im Teſtamente ſelbſt namentlich angeführt ſein und hinterdrein von dem Teſtamentserben nöthigenfalls bewieſen werden.

Iſt gegen eine dieſer Vorſchriften der Novelle 115 gefehlt worden, ſo zieht das, auf den Antrag der Verletzten, jedoch ohne daß es dazu einer beſonderen Anfechtung und Reſciſſion des Teſtamentes bedarf, alſo inſofern ſchon von ſelbſt, die Nichtigkeit deſſelben nach ſich. Das gilt jedoch nur von den im Teſtamente enthaltenen Erbeseinſetzungen, während der übrige, ſonſtige Inhalt des Teſtamentes beſtehen bleibt.

Die ganze neueſte Vorſchrift Juſtinian's betrifft überhaupt blos die pflichttheilsberechtigten Deſcendenten und Aſcendenten. Denn, in Rückſicht der pflichttheilsberechtigten Geſchwiſter, welche Juſtinian in der Novelle 115 gar nicht erwähnt, iſt es ganz bei dem ältereren Rechte geblieben.

Sancimus igitur, non licere penitus patri vel matri, avo vel aviae, proavo vel proaviae, suum filium, vel filiam, vel ceteros liberos praeterire, aut exheredes in suo facere testamento, nec si per quamlibet donationem, vel legatum, vel fideicommissum vel alium quemcunque modum, eis dederit legibus debitam portionem; nisi forte probabuntur ingrati et ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento. Sed, quia causas, ex quibus ingrati liberi debeant judicari, in diversis legibus dispersas et non aperte declaratas invenimus, — ideo necessarium esse perspeximus, eas nominatim praesenti lege comprehendere, ut, praeter ipsas, nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quae in hujus constitutionis serie continentur. —

Sancimus, non licere liberis, parentes suos praeterire, aut quolibet modo a rebus propriis, in quibus testandi habent licentiam, eos omnino alienare, nisi causas, quas enumeravimus, in suis testamentis specialiter enumeraverint. —

Si autem haec omnia non fuerint observata, nullam vim hujusmodi testamentum, quantum ad institutionem heredum, habere sancimus, sed, rescisso testamento, eis. qui ab intestato ad hereditatem defuncti vocantur, res ejus dari disponimus, legatis videlicet, vel fideicommissis et libertatibus et tutorum dationibus, seu aliis capitulis suam obtinentibus firmitatem. Justinianus in Nov. 115. cap. 3 et 4.

Fünftes Capitel.

Von der Adquisition der Erbschaft.

§. 211.

Begriff der Adquisition.

An und für sich und nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen führt die Delation der Erbschaft, von welcher bisher allein die Rede war, für denjenigen, welchem sie geschieht, allerdings die rechtliche Möglichkeit, Erbe zu werden, herbei. Aber, damit er auch wirklich Erbe werde, dazu bedarf es noch außerdem eines besonderen Factums der Adquisition, und es ist nur zufällig, wenn beide, an sich verschiedene Ereignisse, die Delation und die Adquisition, zuweilen in denselben Zeitmoment zusammenfallen. Vielmehr wird gewöhnlich die Delation der Adquisition eine längere, oder kürzere Zeit vorausgehen. Niemals aber kann die letztere der ersteren mit Wirksamkeit vorausgehen.

Ereignet es sich nun, daß die zur Erbfolge bestimmte Vermögensmasse, nach dem Tode des Erblassers, eine Zeit lang ohne Erben besteht, weil sich die Adquisition, auch wohl sogar die Delation der Erbschaft noch aus irgend einem Grunde verzögert, so heißt die Masse, in dieser Zwischenzeit, hereditas jacens. Sie wird dann so lange als ein geschlossenes, für sich bestehendes Vermögen behandelt, mittelst der Fiction, daß der Erblasser noch in ihm fortlebe.[1]) Sobald indessen hinterdrein die Adquisition erfolgt ist, so hört jene Fiction auf, und es wird nunmehr, mittelst einer anderen Fiction, rückwärts so angesehen, als habe der Berufene bereits im Augenblicke des Todes des Erblassers adquirirt.[2])

Hereditas non heredis personam, sed defuncti sustinet, ut multis argumentis juris civilis comprobatum est. Ulpian. in fr. 34. D. XLI, 1. de adq. rer. dom.

---

[1]) S. unten §. 214.

[2]) S. unten §. 214.

§. 212.

Antretung der Erbschaft.

Gai. Comm. lib. II. §. 152. sq. — Inst. lib. II. tit. 19. de heredum qualitate et differentia. — Dig. lib. XXIX. tit. 2. de adquirenda vel omittenda hereditate. — Cod. lib. VI. tit. 30. de jure deliberandi. — Cod. lib. VI. tit. 9. qui admitti ad bonorum possessionem possunt et intra quod tempus.

Der im vorigen § erwähnte Grund der Adquisition der Erbschaft liegt regelmäßig in dem eigenen Willen des Berufenen, und demgemäß in seiner Erklärung, daß er die ihm deferirte Erbschaft wirklich haben, annehmen wolle. Antretung der Erbschaft. Dabei ist jedoch, in mehrfacher Beziehung, zwischen dem Antreten der hereditas und dem der bonorum possessio zu unterscheiden.

Die Antretung der hereditas, die hereditatis aditio im weiteren Sinne, geschah entweder in einer bestimmten solennen Form, durch die cretio, das cernere, oder, ohne solche Solennität, durch die einfache Erklärung, nuda voluntate, aditio im engeren Sinne. Die cretio konnte nur bei testamentarischen Erbschaften, und auch da nur im Gefolge einer besonderen Vorschrift des Testirers, vorkommen. Dagegen die formlose Antretung, aditio hereditatis, kann sowohl bei testamentarischen, als bei Intestaterbschaften vorkommen, und sie ist, im neueren römischen Rechte, seit dem Verschwinden der solennen cretio, allein übrig geblieben. Sie besteht in jeder, auch außergerichtlichen, formlosen Erklärung des Berufenen, die Erbschaft annehmen zu wollen, kann jedoch, als actus legitimus, nur in Selbstperson von dem Berufenen gültig vorgenommen werden. Das, jener in der Wirkung ganz gleichstehende pro herede gerere enthält dieselbe Erklärung, nur stillschweigend, durch concludente Handlungen. Innerhalb welcher Zeitfrist die Erklärung geschieht, ist ganz einerlei, wenn sie nur nicht vor der Delation geschieht. Dagegen ist der Berufene auch, von diesem Augenblicke an, wo er antreten kann, regelmäßig an keine Zeitfrist, innerhalb welcher er entweder antreten muß, oder seines Antretungsrechtes verlustig geht, gebunden. Das leidet nur einige Ausnahmen. Ein Mal dann, wenn Jemand im Testamente mit der Auflage, sich binnen einer bestimmten Frist zu erklären, sub cretione, zum Erben instituirt worden ist,

was auch noch im neuesten Rechte, nachdem die solenne Cretionsform weggefallen ist, vorkommen kann. Sodann, wenn gewisse, bei der Erwerbung, oder Ausschlagung der Erbschaft interessirte Personen den zögernden Berufenen um endliche Entschließung drängen, und dieser sich deßhalb ein spatium deliberandi hat geben lassen.

Anders die agnitio, petitio, admissio der bonorum possessio. Sie konnte zwar von jeher nicht blos in Selbstperson von dem Berufenen, sondern auch durch einen Procurator, kann ferner, wenigstens nach neuerem römischen Rechte, in Gemäßheit einer Constitution von Constantin's Söhnen, zwar immer erst nach des Erblassers Tode, doch sonst schon vor der an die fragliche Person erfolgten Delation, eventuell, intra alienam vicem, geschehen. Dagegen war sie aber auch von jeher, für den dazu Berufenen, vom Augenblicke der erfahrenen Delation an, an eine bestimmte kurze prätorische Frist, den Umständen nach, an einen annus utilis, oder an centum dies utiles gebunden. Auch mußte sie immer gerichtlich geschehen, ehemals gerade vor dem Prätor, nach dem neueren römischen Rechte ist sie apud quemlibet magistratum gestattet. Eines besonderen, deßhalb auszuwirkenden, die bonorum possessio ausdrücklich ertheilenden obrigkeitlichen Decretes bedarf es dabei nur noch sehr selten und blos ausnahmsweise; vielmehr reicht in der Regel schon das bloße Verlangen der bonorum possessio, das Anmelden dazu hin, etwa mit allgemeiner Berufung auf die einschlagende Stelle des Edictes. Edictalis bonorum possessio, im Gegensatze der decretalis.

Ein instituirter fremder servus kann natürlich nur auf Befehl seines Herrn, und dann auch nur für diesen, die Erbschaft antreten. Dasselbe galt ehemals unbedingt auch vom filiusfamilias, der nur auf Befehl seines parens antrat und dann also auch nur für diesen erwarb. Das hat sich indessen im neueren römischen Rechte, seit der Ausbildung des s. g. peculium adventicium, dahin geändert, daß ein filiusfamilias beliebig auch für sich selber die Erbschaft antreten kann, daß aber dann, wenn er sie nicht annehmen will, der parens sie für sich selber antreten darf. Daß, wer sich und sein Vermögen ohne Vormund nicht verpflichten darf, auch nur unter dessen Beistande

die Erbschaft antreten kann, ist eine natürliche Folge der mancherlei wichtigen Vermögensverpflichtungen, welche der Erbschaftserwerb nach sich zieht.

Will der dazu berufene Erbe die Erbschaft nicht haben, und hat er sie noch nicht bereits angenommen, so steht ihm noch zu jeder Zeit das Ausschlagen, repudiare, frei, nur freilich mit Wirksamkeit immer erst nach der erfolgten Delation.

Jedenfalls muß der Berufene die Erbschaft entweder ganz ausschlagen, oder ganz antreten, und in der Art, wie sie ihm deferirt ist; denn die Person des Erblassers, welche er als Erbe fortzusetzen berufen ist, ist in dieser Beziehung untheilbar.

Nach einmal erfolgter Ausschlagung kann man nicht mehr antreten, ausgenommen, wenn man sub cretione eingesetzt war, indem man dann, während des Laufes der vom Testirer anberaumten Cretionsfrist, immer noch, durch Vornahme der cretio, die Repudiation zurücknehmen durfte.

Extraneus heres, si quidem cum cretione sit heres institutus, cernendo fit heres, si vero sine cretione, pro herede gerendo.

Pro herede gerit, qui rebus hereditariis tamquam dominus utitur, veluti qui auctionem rerum hereditariarum facit, aut servis hereditariis cibaria dat.

Cretio est certorum dierum spatium, quod datur instituto heredi ad deliberandum, utrum expediat ei, adire hereditatem, nec ne, velut: Titius heres esto, cernitoque in diebus centum proximis, quibus scieris poterisque; nisi ita creveris, exheres esto.

Cernere est, verba cretionis dicere ad hunc modum: cum me Maevius heredem instituerit, eam hereditatem adeo cernoque. —

Cretio aut vulgaris dicitur, aut continua. Vulgaris, in qua adjiciuntur haec verba: quibus scieris poterisque, continua, in qua non adjiciuntur. Ei, qui vulgarem cretionem habet, dies illi tantum computantur, quibus scit, se heredem institutum esse. Ei vero, qui continuam habet cretionem, etiam illi dies computantur, quibus ignoravit, se heredem institutum, aut scivit quidem, sed non potuit cernere. Ulpiani Fragm. tit. XXII. §. 25— 32.

Cretionum scrupulosam solennitatem hac lege penitus amputari, decernimus. Arcad. Honor. et. Theodos. in c. 17. C. VI, 30. de jure deliberandi.

Pro herede gerere videtur is, qui aliquid facit quasi heres.

Ulpian. in fr. 10. D. XXIX, 2. de adquirenda vel omittenda hereditate.

Bonorum possessio datur parentibus et liberis intra annum, ex quo petere potuerunt, ceteris intra centum dies. Qui omnes intra id tempus si non petierint, ad bonorum possessionem sequens gradus admittetur, perinde ac si superiores non essent. Ulpiani Fragm. tit. XXVIII. §. 10.

Ut verborum inanium excludimus captiones, ita hoc observari decernimus, ut apud quemlibet judicem, vel etiam apud duumviros qualiscunque testatio amplectendae hereditatis ostendatur, statutis prisco jure temporibus coarctanda, eo addito, ut etiamsi intra alienam vicem, id est, prioris gradus properantius exseratur, nihilo minus tamen efficaciam parem, quasi suis sit usa curriculis, consequatur. Constantinus in c. 9. C. VI, 9, qui admitti ad bonorum possessionem possunt.

More nostrae civitatis neque pupillus, neque pupilla sine tutoris auctoritate obligari possunt. Hereditas autem quin obliget nos aeri alieno, etiam si non sit solvendo, plus quam manifestum est. De ea autem hereditate loquimur, in qua non succedunt hujusmodi personae, quasi necessariae. Ulpian. in fr. 8. pr. D. XXIX. 2. de adquirenda vel omittenda hereditate.

Qui totam hereditatem adquirere potest, is pro parte eam scindendo adire non potest. Paulus in fr. 1. D. eod.

Is, qui heres institutus est, vel is, cui legitima hereditas delata est, repudiatione hereditatem amittit. Hoc ita verum est, si in ea causa erat hereditas, ut et adiri posset. Ceterum heres institutus sub conditione, si ante conditionem existentem repudiavit, nihil egit. Ulpian. in fr. 13. pr. D. eod.

Sine cretione heres institutus, si constituerit, nolle se heredem esse, statim excluditur ab hereditate, et amplius eam adire non potest. Cum cretione vero heres institutus, sicut cernendo fit heres, ita non aliter excluditur, quam si intra diem cretionis non creverit. Ideoque, etiamsi constituerit, nolle se heredem esse, tamen, si supersit dies cretionis, poenitentia actus, cernendo heres fieri potest. Ulpiani Fragm. tit. XXII. §. 29 et 30.

§. 213.

Erwerb der Erbschaft ipso jure.

Gai. Comm. lib. II. §. 152. sq. — Inst. lib. II. tit. 19. de heredum qualitate et differentia.

Mit Nothwendigkeit aufgedrungen wird, wenigstens einem homo sui juris, eine deferirte Erbschaft niemals. Wohl aber war es von jeher Grundsatz des römischen Rechtes, daß gewisse Personen, in Folge einer potestas, welche dem Erblasser bis zu

seinem Tode über sie zugestanden, ganz von selbst, ohne, ja sogar wider ihren Willen, schon ipso jure die Erbschaft in demselben Momente, wo sie ihnen deferirt worden ist, erwerben. Sie heißen dann, im Gegensatze der extranei heredes, d. h. aller anderen Berufenen, wegen dieser Rechtsnothwendigkeit, necessarii heredes. Necessarii schlechtweg heißen sie, wenn der Grund, weßhalb sie ipso jure erwerben, in der bisherigen dominica potestas, dagegen sui et necessarii, wenn der Grund in einer anderen potestas, welche der Erblasser noch unmittelbar vor seinem Tode über den Berufenen hatte, in der patria potestas, oder in der manus mariti liegt. Auch ist diese Unterscheidung insofern nicht unwichtig, als zwar die sui et necessarii heredes, nicht aber die necessarii heredes, sich hinterdrein des vom Prätor gestatteten beneficium abstinendi bedienen dürfen. Durch dieses Abstiniren, wenn sie davon Gebrauch machen, kommen dann die sui heredes allerdings nicht ganz in dieselbe Lage, in welche die extranei heredes durch Ausschlagen, repudiatio, omissio, der deferirten Erbschaft versetzt werden. Denn sie sind jedenfalls wirklich bereits ein Mal Erben, heredes, geworden, und müssen deßhalb, nach einem von den Römern streng festgehaltenen civilrechtlichen Principe, mit Nothwendigkeit, wenigstens dem Namen nach, für immer Erben bleiben. Allein es befreit doch ein solches Abstiniren, der Sache nach, den suus et necessarius heres von allen sonstigen Folgen und eigenthümlichen Verhältnissen zu dem Nachlasse, in welche er außerdem, als Erbe, nothwendig bleibend verwickelt worden wäre. Nur dann fällt das jus abstinendi hinweg, wenn der suus sich bereits immiscirt, d. h. etwas mit der Erbschaft vorgenommen hat, was für extranei heredes als pro herede gerere gelten würde; oder gar dolose etwas von dem Nachlasse heimlich für sich bei Seite gebracht, amovirt hat.

Die ganze Unterscheidung zwischen extranei und necessarii heredes bezieht sich übrigens blos auf die hereditas. Denn die bonorum possessio wird niemals schon ipso jure erworben.

Heredes aut necessarii dicuntur, aut sui et necessarii, aut extranei. Necessarius heres est servus, heres institutus. Ideoque sic appellatur, quia, sive velit, sive nolit, omnino post mortem

testatoris protinus liber et necessarius heres fit. Unde, qui facultates suas suspectas habent, solent servum suum primo aut secundo, aut etiam ulteriore gradu heredem instituere; ut, si creditoribus satis non fiat, potius ejus heredis bona, quam ipsius testatoris a creditoribus possideantur, vel distrahantur, vel inter eos dividantur. Pro hoc tamen incommodo illud ei commodum praestatur, ut ea, quae post mortem patroni sui sibi adquisierit, ipsi reserventur.

Sui autem et necessarii heredes sunt veluti filius, filia, nepos neptisve ex filio et deinceps ceteri liberi, qui in potestate morientis modo fuerint. — Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt, et vivo quoque patre quodammodo domini existimantur. Unde etiam, si quis intestatus moritur, prima causa est in successione liberorum. Necessarii vero ideo dicuntur, quia omnino, sive velint, sive nolint, tam ab intestato, quam ex testamento, ex lege duodecim tabularum heredes fiunt. Sed his praetor permittit volentibus, abstinere ab hereditate, ut potius parentis, quam ipsorum bona similiter a creditoribus possideantur.

Ceteri, qui testatoris juri subjecti non sunt, extranei heredes appellantur. Itaque liberi quoque nostri, qui in potestate non sunt, heredes a nobis instituti, extranei heredes videntur. Pr. §. 1. 2 et 3. Inst. II, 19. de heredum qualitate et differentia.

Sed his (suis et necessariis heredibus) praetor permittit, abstinere se ab hereditate, ut potius parentis bona veneant. Idem juris et in uxoris persona, quae in manu est, quia filiae loco est, et in nurus, quae in manu filii est, quia neptis loco est.

Quin similiter abstinendi potestatem facit praetor etiam mancipato, id est, ei, qui in causa mancipii est, cum liber et heres institutus sit, cum necessarius, non etiam suus heres sit, tamquam servus. Gai. Comm. II. §. 158—160.

Invito autem nemini bonorum possessio adquiritur. Ulpian. in fr. 2. §. 3. D. XXXVII, 1. de bonorum possessione.

§. 214.

Wirkung des Erbschaftserwerbes im Allgemeinen.

Durch die Adquisition der Erbschaft wird der dazu Berufene wirklicher Erbe, d. h. er nimmt dadurch, im Gefolge einer per universitatem successio, als Repräsentant des Erblassers, die ganze vermögensrechtliche Persönlichkeit dieses Letzteren so vollständig in sich auf, daß er sie zu der seinigen macht. Gerade deßhalb, weil man sich von seiner eigenen Persönlichkeit nicht beliebig wieder lossagen kann, kann

man nicht blos für einige Zeit Erbe werden, sondern muß es für immer bleiben. Semel heres, semper heres. Da ferner die juristische Consequenz und der Zweck des Erbrechtes es verlangt, daß jene Persönlichkeit des Erblassers, ohne irgend eine Zwischenzeit und Unterbrechung, fortgesetzt werde, so knüpft sich, mittelst einer Fiction, das Repräsentationsverhältniß des Erblassers durch den Erben unmittelbar an den Moment des Todes, wo der Erblasser mit Rechtsfähigkeit zu existiren aufhörte, an, auch wenn der Berufene erst weit später die Erbschaft angetreten und erworben hat. Darum ist ferner im römischen Rechte, durch eine weitere Fiction dafür gesorgt, daß auch in jener Zwischenzeit die zu dem Nachlasse gehörigen Vermögensverhältnisse, als universitas, fortbestehen können, indem angenommen wird, daß inzwischen vom Tode des Erblassers an bis zur eigentlichen Erbschaftserwerbung, die hereditas jacens selbst den Erblasser repräsentirt.[1])

Sind der Erben, welche die Erbschaft adquirirt haben, mehrere, so ist zwar jeder von ihnen successor per universitatem und repräsentirt insofern den Erblasser, in der angegebenen Weise, vollständig, aber natürlich ein jeder nur pro rata hereditaria, nach Verhältniß der Größe der ihm deferirten und demgemäß von ihm erworbenen Erbportion.

Alles dieses gilt, der Strenge nach, blos von dem heres. Allein, wenigstens im neuesten römischen Rechte, wird auch der bonorum possessor, falls nur seine bonorum possessio cum re ist, der Sache nach, ganz wie ein wahrer Repräsentant des Erblassers und wie ein heres behandelt.[2])

Diese Repräsentation, wodurch, in vermögensrechtlicher Beziehung, der Erblasser und sein Erbe juristisch eine und dieselbe Person werden, erklärt nun auch sehr einfach die vielen einzelnen, rechtlichen Folgen des Erbschaftserwerbes. Sie beziehen sich auf das Verhältniß des Erben, theils zu den Creditoren und Debitoren des Erblassers, theils zu den Miterben, theils zu den Vermächtnißnehmern, theils zu anderen dritten Personen. Manche, auf diese Weise aus dem Erbschaftserwerbe scheinbar neu entstehenden Obligationen des Erben leiten die Römer, in ihrem

[1]) S. oben §. 211.

[2]) S. oben §. 195 in der zweiten Hälfte.

Syſteme, noch beſonders quasi ex contractu ab. Uebrigens ſind, im Laufe der Zeiten, einige dieſer urſprünglich ſehr ſtrengen Folgen bedeutend gemildert worden.

Heres quandoque adeundo hereditatem jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur. Florentin. in fr. 54. D. XXIX, 2 de adquirenda vel omittenda hereditate.

Nondum adita hereditas personae vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti. §. 2. Inst. II, 14. de heredibus instituendis.

Heres in omne jus mortui, non tantum singularum rerum dominium, succedit, cum et ea, quae in nominibus sint, ad heredem transeant. Pompon. in fr. 37. D. eod.

§. 215.

Das Haften des Erben für die Erbſchaftsſchulden.

Dig. lib. XXVIII. tit. 8. de jure deliberandi. — Cod. lib. VI. tit. 30. de jure deliberandi.

In der Geſammtmaſſe der bona gehen, mit den vererbbaren Rechten, auch zugleich die vererbbaren Verpflichtungen des Erblaſſers, als unzertrennlich zu erſteren gehörig, pro rata, auf den Erben über. So wie er Gläubiger wird, wo der Erblaſſer als Gläubiger eine Forderung hatte, eben ſo wird er Schuldner, wo der Erblaſſer es war. Er haftet daher auch für dieſe Schulden des Erblaſſers, gerade ſo, wie für ſeine eigenen, alſo, der Strenge nach, unbedingt, namentlich ohne Beſchränkung ſeines Haftens blos bis auf den Belauf des activen Erbvermögens. Doch treten dabei mancherlei Milderungen im einzelnen Falle ein.

Dahin gehört vorerſt eine ſinguläre Beſtimmung, zu Gunſten des von dem Teſtirer zum Erben eingeſetzten eigenen servus. Denn, da dieſer, als necessarius heres, ipso jure erwirbt und ſich auch nicht ein Mal, wie der suus heres, durch Abſtiniren dagegen helfen kann,[1]) ſo wurde ihm aus Billigkeitsgründen geſtattet, mittelſt einer separatio, ſein eigenes Vermögen, das er nach des Teſtirers Tode auf andere Weiſe erwirbt, in der Art für ſich zu behalten, daß er es nicht zur Bezahlung der Erbſchaftsſchulden herzugeben brauchte.

[1]) S. oben §. 213.

Es hatten ferner schon früh die milites das besondere Privilegium, daß, wenn sie unvorsichtigerweise eine überschuldete Erbschaft angetreten, ihnen das nicht zum positiven Vermögensnachtheile gereichen solle.

Außerdem giebt es gewisse Vorsichtsmaaßregeln und Sicherungsmittel gegen Ueberschuldung des Nachlasses, deren sich jeder berufene Erbe bedienen kann. Zu diesen letzteren gehört eine Uebereinkunft, welche, vor der Antretung, der Erbe mit den Erbschaftsgläubigern abschließen kann, und wodurch diese entweder geradezu dem Erben im Voraus einen bestimmten Nachlaß ihrer Forderungen versprechen, oder ihm im Allgemeinen zusichern, daß ihm die Erbschaft keinen Nachtheil bringen, ihm nicht damnosa hereditas werden soll. Außerdem können sich ferner die Erben, vor ihrer endlichen Erklärung über Antritt, oder Ausschlagen der Erbschaft, jedoch darum gedrängt, vom Gerichte, oder unmittelbar vom Kaiser eine Bedenkfrist, ein spatium deliberandi geben lassen, um erst den zweifelhaften Bestand des Nachlasses prüfend zu untersuchen, und sich so vor Uebereilung zu bewahren.[1]) Diese Erbittung einer Deliberationsfrist gilt dann zwar nicht für ein pro herede gerere. Allein dafür muß auch, seit Justinian, der deliberirende Erbe durch gleichzeitiges Inventariiren die Erbschaftsgläubiger gegen Unterschlagung von Erbschaftssachen und Veruntreuungen sicher stellen. Ueberhaupt ist seit Justinian, durch das von ihm, mit großer Vorliebe dafür und theilweise geradezu auf Kosten des beneficium deliberandi, eingeführte s. g. beneficium inventarii, das ganze frühere Verhältniß bedeutend verändert, und jedem berufenen Erben ein völlig neues Sicherungsmittel gegen die aus der Erbschaftsüberschuldung drohenden Nachtheile, an die Hand gegeben. Denn, wer ganz nach gesetzlicher Vorschrift ein schriftliches Verzeichniß, inventarium aller zu dem Nachlasse gehörenden Vermögensstücke errichtet, ist als Erbe unbedingt gegen jeden positiven Vermögensschaden, der ihm aus der Erbschaftserwerbung drohen könnte, namentlich gegen jede Zubuße aus dem eigenen Vermögen gedeckt.

Hereditas quin obliget nos aeri alieno, etiamsi non sit sol-

[1]) S. oben §. 212.

vendo, plus quam manifestum est, Ulpian. in fr. 8. D. XXIX, 2. de adquirenda vel omittenda hereditate.

Pro hoc autem incommodo illud ei (heredi necessario) commodum praestatur, ut ea, quae post mortem patroni sui sibi adquisierit, ipsi reserventur. Pr. Inst. II, 19. de hered. qualitate et differentia.

Si praefatam observationem inventarii faciendi solidaverint, hereditatem sine periculo habeant, et legis Falcidiae adversus legatarios utantur beneficio; ut in tantum hereditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiae ad eos devolutae valeant, et eis satisfaciant, qui primi veniant creditores. Et, si nihil reliquum est, posteriores venientes repellantur, et nihil ex sua substantia penitus heredes amittant, ne, dum lucrum facere sperant, in damnum incidant. —

Milites, etsi propter simplicitatem praesentis legis subtilitatem non observaverint, in tantum tamen teneantur, quantum in hereditate invenerint. Justinianus in c. 22. §. 4 et 15. C. VI, 30. de jure deliberandi.

§. 216.

Confusio und separatio bonorum.

Dig. lib. XLII. tit. 6. de separationibus. — Cod. lib. VI. tit. 72. de bonis auctoritate judicis possidendis et de separatione bonorum.

Mittelst einer s. g. confusio fließen eigentlich, in Folge des Erbschaftserwerbes, die beiden, bisher getrennten Vermögen des Erblassers und des Erben in eine einzige Vermögensmasse zusammen, deren alleiniger Inhaber der nunmehrige Erbe ist. Darum erlöschen mit Nothwendigkeit alle Rechtsverhältnisse, welche bisher zwischen dem Erblasser und seinem Erben, als damals getrennten Personen, stattgefunden, insofern sie wesentlich zwei verschiedene Vermögen und Vermögensinhaber voraussetzen, namentlich Obligationen und jura in re aliena, schon ganz von selbst, sowohl zum Vortheile, als zum Nachtheile des Erben. Doch treten einige Milderungen dieses strengen Principes ein. Eine solche, und zwar zum Vortheile des Erben, liegt in dem oben erwähnten beneficium inventarii. Denn der Erbe, welcher in gesetzlich vorgeschriebener Weise inventarisirt hat, kann und darf, nach Justinian's Bestimmung, seine eigenen bisherigen, eigentlich durch confusio erloschenen Forderungen gegen den Erblasser noch geltend machen, und vorweg ihren Betrag in Abzug bringen. Der Grund davon ist der, weil er ja sonst

positiven Nachtheil aus der Erbschaftsantretung haben würde, wogegen ihn das beneficium inventarii unbedingt schützen soll.

Eine andere, schon ältere Milderung bezweckt zunächst einen Vortheil der Erbschaftsgläubiger. An und für sich und der Regel nach werden nämlich die Gläubiger des Erblassers, als nunmehrige Gläubiger des Erben, ganz so, wie dessen ursprüngliche eigene Gläubiger, mit ihren Forderungen lediglich an die vereinigte Vermögensmasse gewiesen. Doch steht es den Erbschaftsgläubigern, wenn sie davon eine Gefahr für sich fürchten, frei, binnen fünf Jahren gerichtlich eine **separatio bonorum** zu verlangen. Sie können dann, **vor** allen ursprünglichen Gläubigern des Erben selbst zum Voraus, aus dem, zu diesem Zwecke getrennt bleibenden Nachlasse ihre Bezahlung fordern. Aber freilich entsagen sie dadurch allen künftigen Ansprüchen auf Nachzahlung aus dem eigenen Vermögen des Erben, für den Fall, wenn der Nachlaß, zur Deckung ihrer Forderungen gegen den Erblasser, nicht hinreichen sollte.

Nam, si debitor heres creditori exstiterit, confusio hereditatis perimit petitionis actionem. **Modestinus** in fr. 75. D. XLVI. 3. de solut.

Solet separatio permitti creditoribus ex his causis. Ut puta, debitorem quis Sejum habuit; hic decessit; heres ei exstitit Titius; hic non est solvendo. Creditores Seji dicunt, bona Seji sufficere sibi, creditores Titii contentos esse debere bonis Titii, et sic quasi duorum fieri bonorum venditionem. Fieri enim potest, ut Sejus quidem solvendo fuerit potueritque satis creditoribus suis, vel ita semel, et si non in assem, in aliquid tamen satisfacere, admissis autem commixtisque creditoribus Titii, minus sint consecuturi, quia ille non est solvendo, aut minus consequantur, quia plures sunt. Hic est igitur aequissimum, creditores Seji, desiderantes separationem, audiri impetrareque a praetore, ut separatim quantum cujusque creditoribus praestetur. **Ulpian.** in fr. 1. §. 1. D. XLII, 6. de separationibus.

§. 217.

Verhältniß des Erben zu den dritten Inhabern der Erbschaftssachen.

Dig. lib. V. tit. 3. de hereditatis petitione. — Cod. lib. III. tit. 31. de petitione hereditatis. — Dig. lib. XLIII. tit. 2. quorum bonorum. — Cod. lib. VIII. tit. 2. quorum bonorum.

Der Erbe kann natürlich, in seiner Eigenschaft als Repräsentant des Erblassers, die einzelnen nachgelassenen Vermögens-

rechte dieſes Letzteren, ſowohl das Eigenthum und die ſonſtigen jura in re, als auch die Obligationen, ganz wie ſeine eigenen, durch die gewöhnlichen, mit ihnen verbundenen Klagen geltend machen. Damit iſt jedoch nicht zu verwechſeln eine beſondere, ihm aus dem Erbrechte ſelbſt erwachſende Klage, zum Schutze und zur Geltendmachung deſſelben gegen Jeden, welcher ihm daſſelbe, d. h. die hereditas, als ſolche, ſtreitig machen will. Dieſe in rem actio de universitate heißt die hereditatis petitio und iſt eine Art Vindication, nicht der einzelnen zu der Erbſchaft gehörenden Sachen, ſondern der Erbſchaft ſelbſt. Sie hat durch ein senatusconsultum unter Hadrian, senatusconsultum Juventianum, einige höchſt eigenthümliche Beſtimmungen und Erweiterungen erhalten, und iſt die einzige in rem actio, welche, wegen der vielen obligatoriſchen Punkte, welche bei ihr nebenbei mit zur Sprache kommen und ſie, in ſo weit, einer personalis actio ähnlich machen, die Natur einer bonae fidei actio hat. Doch hat erſt Juſtinian ſelbſt dieſen, früherhin beſtrittenen Charakter derſelben entſchieden anerkannt.

Es ſteht ſonach die hereditatis petitio zu dem Erben, als ſolchem, er ſei nun heres, oder bonorum possessor, er ſei nun alleiniger Erbe, oder nur theilweiſer, si pars hereditatis petatur. Gerichtet iſt ſie gegen die dritten Beſitzer von Erbſchaftsſachen, jedoch nur inſofern ſie dem Kläger ſein Erbrecht beſtreiten, daher nur mit der doppelten Beſchränkung, ein Mal, daß jene Beſitzer nicht von ihm anerkannte Miterben ſein dürfen, und dann ferner, daß ſie die Erbſchaftsſachen entweder pro herede, d. h. unter dem Vorgeben, ſelber Erben zu ſein, oder pro possessore, d. h. ohne irgend einen Rechtstitel dafür angeben zu können, beſitzen müſſen. So wie der Grund der Klage das Erbrecht iſt, eben ſo iſt ihr Gegenſtand die Erbſchaft, als universitas, und aller Beſitz des Beklagten, wodurch das Erbrecht verletzt wird. Zweck der Klage iſt Herausgabe alles desjenigen, was der Beklagte ohne Grund von der Erbſchaft beſitzt, ſei es die ganze Erbſchaft, oder ſeien es nur einzelne, dazu gehörige Sachen, oder deren Werth. Nach dem oben erwähnten Sctum Juventianum ſoll namentlich der Verklagte dem Kläger, in Rückſicht der Erbſchaftsſachen, haften, wie ein negotiorum gestor dem dominus negotiorum haftet.

Ein blos poſſeſſoriſches und nur dem bonorum possessor zuſtehendes, prätoriſches Rechtsmittel iſt das interdictum quorum bonorum. Der Civilerbe kann ſich daſſelbe nur dadurch verſchaffen, daß er daneben auch noch bonorum possessio agnoſcirt. Es wird im Uebrigen nach denſelben Beſtimmungen beurtheilt, wie die hereditatis petitio, ſoweit dieſe auch auf ein blos poſſeſſoriſches Rechtsmittel Anwendung leiden.

Die hereditatis petitio und das interdictum quorum bonorum ſteht, ohne Rückſicht auf die Art der Delation, dem Erben zu, dem Inteſtat- wie dem Teſtamentserben. Dagegen iſt durch ein Edict vom Kaiſer Hadrian ein beſonderes Rechtsmittel eingeführt worden, blos für den Teſtamentserben. Wenn dieſer nämlich, innerhalb eines Jahres, nach Eröffnung des wenigſtens äußerlich fehlerfreien ſchriftlichen Teſtamentes, die Erbſchaft angetreten und davon die geſetzliche Erbſchaftsſteuer, die vicesima hereditaria, an den Staat entrichtet hat, ſo kann er ſich, um möglichſt raſch in den Beſitz zu kommen, eine missio in possessionem derjenigen Güter geben laſſen, welche der Teſtirer zur Zeit ſeines Todes beſeſſen hat. Es gewährt ihm das, bei einem künftigen Proceſſe über die Erbſchaft, mancherlei Vortheile. Juſtinian hat nun zwar jene Erbſchaftsſteuer, deren Entrichtung urſprünglich dadurch beſchleunigt werden ſollte, aufgehoben, aber dem Teſtamentserben dennoch die Vortheile dieſes Hadrianiſchen Rechtsmittels, des heut zu Tage ſo genannten remedium ex lege ultima Codicis de edicto Divi Hadriani tollendo, gelaſſen.

Per hereditatis petitionem tantundem consequitur bonorum possessor, quantum superioribus civilibus actionibus heres consequi potest. Gai. in. fr. 2. D. V, 3. de hered. pet.

Regulariter definiendum est, eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel jus pro herede, vel pro possessore possidet, vel rem hereditariam. Ulpian. in fr. 9. D. eod.

Pro possessore possidet praedo, qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit, quia possideo, nec contendet, si heredem, vel per mendacium, nec ullam causam possessionis possit dicere. Ulpian. in fr. 11—13. D. eod.

Adipiscendae possessionis causa interdictum accommodatur bonorum possessori, quod appellatur quorum bonorum. Ejusque vis et potestas haec est, ut, quod ex his bonis quisque, quorum possessio alicui data est, pro herede, aut pro possessore

possideat, id ei, cui bonorum possessio data est, restituere debeat. Pro herede autem possidere videtur, qui putat, se heredem esse. Pro possessore is possidet, qui nullo jure rem hereditariam, vel etiam totam hereditatem, sciens, ad se non pertinere, possidet. §. 3. Inst. IV, 15. de interdictis.

§. 218.

Das Verhältniß der Miterben unter einander.

Dig. lib. X. tit. 2. familiae herciscundae. — Cod. lib. III. tit. 36. familiae herc. — Dig. lib. XXXVII. tit. 6. de collatione. tit. 7. de dotis collatione. — Cod. lib. VI. tit. 20. de collat.

Die Erwerbung einer Erbschaft von Seiten mehrerer Miterben begründet unter denselben vorläufig und zunächst ein Gemeinschaftsverhältniß, mit mancherlei gegenseitigen Verpflichtungen, welche das römische Obligationensystem quasi ex contractu ableitet.[1]) Diese communio wird erst durch die nachfolgende Erbtheilung wieder aufgehoben und, zur Bewerkstelligung dieser letzteren, d. h. zur reellen Theilung des Nachlasses, nach Maaßgabe des ideellen Antheiles eines jeden, haben die Miterben gegen einander eine eigene Theilungsklage, judicium divisorium, unter dem Namen des familiae herciscundae judicium. Nur diejenigen Stücke des Nachlasses, welche schon durch den gültig erklärten Willen des Erblassers, oder schon unmittelbar durch das Gesetz selbst vollständig getheilt sind, bleiben von der Erbtheilung ausgeschlossen; also namentlich, schon nach gesetzlicher Vorschrift, die nomina hereditaria, die Erbschaftsforderungen und die Erbschaftsschulden, indem diese schon ipso jure, unter die Miterben, pro rata hereditaria, getheilt sind.

Unter Umständen sind indessen gewisse Erben gehalten, bestimmte Vermögensstücke, welche sie schon vor der Adquisition der Erbschaft für sich selbst erworben hatten, und die also eigentlich gar nicht mit den Gegenstand des gemeinschaftlichen Erbnachlasses bilden, dennoch, vor der zu bewerkstelligenden Erbtheilung, in die zu theilende Erbmasse einzuwerfen, zu conferiren, damit dieselben, bei der Auseinandersetzung, auch den übrigen Miterben gleichmäßig zu Gute kommen. Der Zweck dieser col-

[1]) S. oben §. 144.

latio bonorum ist dann immer Herstellung einer gewissen, billigen Gleichheit unter Erbcompetenten, von denen Keiner vor dem Anderen begünstigt werden soll.

Die älteste und ursprünglich einzige Collationspflicht der Art traf blos die emancipirten Kinder, welche der Prätor den suis gleichstellte, indem er sie, gegen die Strenge des alten Civilrechtes, neben den suis, zur Beerbung ihres gemeinschaftlichen parens, mittelst einer bonorum possessio contra tabulas, oder ab intestato, berief.[1]) Denn der Prätor that dieses nur unter der Voraussetzung und Bedingung, daß jene emancipati, zu Gunsten ihrer miterbenden, noch in der potestas gebliebenen Geschwister, bereit seien, alle diejenigen Vermögensstücke, welche sie, seit ihrer Emancipation, für sich selbst erworben und welche sie, wenn sie nicht emancipirt worden wären, nicht für sich, sondern ihrem Vater erworben haben würden, in die zu theilende Erbmasse des Parens einzuwerfen. Sonst wären die emancipati nicht blos den suis gleichgestellt, sondern unbilligerweise vor den suis begünstigt worden, was ganz gegen die Tendenz des Prätors war. Diese ursprüngliche Collationspflicht der emancipirten Kinder mußte natürlich, im Laufe der Zeit, seit der Ausbildung der castrensischen Peculien und der Adventitien, wodurch auch der filiusfamilias fähig wurde, eigenes Vermögen für sich zu haben, wenn auch nicht ganz wegfallen, doch sehr an Bedeutung verlieren. Denn es blieb, als Gegenstand der Collation, zuletzt nur dasjenige übrig, was der Emancipirte von seinem Vater selbst, mittelbar, oder unmittelbar erworben. Dafür hatte sich aber allmählig, theils durch prätorisches Recht, theils und besonders durch kaiserliche Constitutionen, namentlich seit den Kaisern Antoninus und Leo, noch eine andere neue Collationspflicht gebildet. Sie betrifft, ohne Rücksicht auf väterliche Gewalt, den Fall, wo überhaupt Descendenten zusammen einen gemeinschaftlichen Ascendenten beerben wollen, und hat überhaupt, obgleich sie ebenfalls eine Gleichstellung der miterbenden Descendenten bezweckt, eine ganz andere Grundlage, wie jene ältere prätorische Collationsverbindlichkeit der Emancipirten. Da es ursprünglich blos eine früher, bei ihrer Verheirathung, von dem jetzt zu beerbenden Ascendenten empfangene

[1]) S. oben §. 208.

dos war, welche die Tochter, oder Enkelin, als sua, ihren miterbenden Geschwistern zu conferiren hatte, so nannte man das ganze Rechtsinstitut vorzugsweise danach die dotis collatio. Doch wurde diese Collationspflicht allmählig noch weiter ausgedehnt, theils auch auf die dos, welche eine emancipata von ihrem Ascendenten erhalten, theils auf gewisse andere Vermögensstücke, welche eins der Kinder von dem jetzt zu beerbenden gemeinschaftlichen Ascendenten bereits bei dessen Lebzeiten, vor den übrigen Kindern zum Voraus, erhalten hat. Es wird dann angenommen, daß der Ascendent, sei er nun ein männlicher, oder weiblicher, bei seinen Lebzeiten dergleichen Zuwendungen einem der Descendenten nur unter der stillschweigenden Bedingung gemacht habe, daß der Betrag davon späterhin, bei der Erbtheilung, gleichmäßig unter alle miterbenden Descendenten gerade eben so getheilt werden solle, wie der eigentliche Nachlaß. Aus dem Bisherigen geht schon genügend hervor, daß und warum der zu beerbende Ascendent die Collationsverbindlichkeit den einzelnen miterbenden Descendenten beliebig ganz, oder theilweise, erlassen kann.

Bewerkstelligt wird die Collation, im einzelnen Falle, entweder durch das wirkliche Einwerfen der zu conferirenden Sachen selbst, vor der Theilung, oder dadurch, daß sich die Miterben, in dieser Beziehung, zum Voraus Caution leisten.

Haec actio (familiae herciscundae) proficiscitur ex lege XII tabularum. Namque coheredibus, volentibus a communione discedere, necessarium videbatur, aliquam actionem constitui, qua inter eos res hereditariae distribuerentur. Gaius in fr. 1. pr. D. X, 2. familiae herciscundae.

Ea, quae in nominibus sunt, non recipiunt divisionem, cum ipso jure in portiones hereditarias ex lege duodecim tabularum divisa sint. Gordianus in c. 6. C. III, 26. familiae herciscundae.

Hic titulus (de collatione bonorum) manifestam habet aequitatem. Cum enim praetor ad bonorum possessionem contra tabulas emancipatos admittat participesque faciat cum his, qui sunt in potestate, bonorum paternorum, consequens esse credit, ut sua quoque bona in medium conferant, qui appetant paterna. Ulpian. in fr. 1. pr. D. XXXVII, 6. de collat. bonorum.

§. 219.

Der Fall, wenn der dazu Berufene die ihm zugedachte Erbschaft nicht erwirbt.

Dig. lib. XXIX. tit. 2. de adquirenda vel omittenda hereditate. — Cod. lib. VI. tit. 10. Quando non petentium partes petentibus adcrescant. tit. 51. de caducis tollendis.

Es kann sich leicht ereignen, daß der dazu Berufene die ihm zugedachte Erbschaft hinterdrein nicht wirklich erwirbt, sei es nun, weil er sie nicht adquiriren kann, oder weil er sie nicht annehmen will.

Liegt nun der Grund des Nichterwerbens zunächst in dem Umstande, daß der Berufene vor der Adquisition verstorben ist, so ist allerdings in der Regel dessen Erbe nicht befugt, in dieser Eigenschaft die Erbschaft, welche seinem Erblasser deferirt gewesen war, noch selber nachträglich für sich anzutreten. Selbst dann nicht, wenn der Berufene verstorben ist, ohne wirklich ausgeschlagen zu haben. Denn nur derjenige selber, dem *für seine eigene Person* die Erbschaft deferirt ist, kann sie, nach einer sehr consequent durchgeführten Ansicht des römischen Rechtes, erwerben. Daher gilt das Recht einer Person, eine ihr deferirte Erbschaft anzutreten, für ein höchstpersönliches, nicht vererbbares Recht.

Doch leidet das gewisse singuläre Ausnahmen, die man heut zu Tage *Transmissionsfälle* nennt. Beispiele liefern die transmissio ex capite infantiae, transmissio theodosiana, justinianea.

Dagegen ist allerdings auf mehrfache andere Weise dafür gesorgt, daß für den wegfallenden Erben ein anderer eintreten kann, oder darf, oft sogar muß.

Denn vorerst bringt es der römische Begriff des Erben, als eines *per universitatem successor*, mit Nothwendigkeit mit sich, daß, wenn einer von mehreren berufenen Erben hinwegfällt, ohne seine Erbportion zu erwerben, diese vacant gewordene Portion, schon von selbst, die Erbportionen der übrigen Miterben, welche ihrerseits adquirirt haben, vergrößert, ihnen sogar ohne ihr Zuthun, ja selbst wider ihren Willen, an-

wächst, adcrescirt. Dieses s. g. Adcrescenzrecht, Anwachsungsrecht, jus aderescendi coheredum, tritt auch, weil sein, auf dem Wesen der successio per universitatem beruhender Grund sich überall, wo es zu einer wahren Erbfolge kommt, in derselben Art geltend macht, auf gleiche Weise bei der prätorischen, wie bei der civilrechtlichen, und bei der testamentarischen, wie bei der Intestaterbfolge ein. Bei der testamentarischen ist es außerdem schon eine nothwendige Folge des Grundsatzes, daß Niemand zu gleicher Zeit zum Theil aus einem Testamente, zum Theil ab intestato beerbt werden kann. Auch kommt es hier, zur Herbeiführung des Adcrescenzrechtes, nicht gerade darauf an, ob der Testirer die mehreren Miterben mit einander absichtlich, zum Zwecke des dereinstigen Adcrescirens gleich bei der Fassung der Institution auf eine gewisse bestimmte Weise verbunden, conjungirt hat. Denn nicht zunächst und blos auf der vermutheten Absicht des Testirers beruht jenes Anwachsen, sondern auf einer absoluten Rechtsnothwendigkeit. Indessen genießt doch, bei dem Eintritte des Anwachsungsrechtes, derjenige testamentarische Miterbe, der mit dem Weggefallenen von dem Testirer, bei der Erbeseinsetzung, in gewisser Art verbunden worden war, als conjunctus, vor den übrigen, nicht eben so conjungirten Miterben, ein Vorzugsrecht. Der Grund davon ist der, weil ja der Testirer beliebig die Größe der Erbportionen verschieden bestimmen kann und, mittelst einer solchen conjunctio, diese seine eigene Absicht, daß eine vacant gewordene Erbportion zunächst blos die Erbportionen gewisser Miterben vergrößern solle, zu erkennen giebt.

Dagegen kann der Testirer den Eintritt des Adcrescenzrechtes nicht direct ganz verbieten. Wohl aber steht es ihm frei, indirect, durch Anordnung von Vulgarsubstitutionen und durch die dadurch herbeigeführte neue testamentarische Delation der Erbschaft, dem Eintritte des Adcrescenzrechtes zuvorzukommen.

Erwirbt übrigens, bei der von dem Erblasser beabsichtigten testamentarischen Erbfolge, gar keiner der instituirten Erben die Erbschaft, so kommt es, weil nunmehr die testamentarische Delation ganz erledigt ist, zu der Delation ab intestato, und zwar, nach dem neuesten Rechte, mit voller successio ordinum et gra-

duum.[1]) Erwirbt auch keiner der berufenen Inteſtaterben, ſo tritt der Fall der bona vacantia ein.[2])

Hereditatem, nisi fuerit adita, transmitti nec veteres concedebant, nec nos patimur.

Si quidem coheredes sunt omnes conjunctim, vel omnes disjunctim et vel instituti, vel substituti, hoc, quod fuerit quoquo modo evacuatum, si in parte hereditatis, vel partibus consistat, aliis coheredibus cum suo gravamine pro hereditaria parte, etiamsi jam defuncti sunt, adquiratur, et hoc nolentibus ipso jure adcrescat, si suas portiones jam agnoverint, cum sit absurdum, ejusdem hereditatis partem quidem agnoscere, partem vero respuere. — Sin vero quidam ex heredibus institutis vel substitutis permixti sunt, et alii conjuncti, alii disjuncti nuncupati, tunc, si quidem ex conjunctis aliquis deficiat, hoc omnimodo ad solos conjunctos cum suo veniat onere, id est, pro parte hereditaria, quae ad eos pervenit. Sin autem ex his, qui disjunctim scripti sunt, aliquid evanescat, hoc non ad solos disjunctos, sed ad omnes, tam conjunctos, quam etiam disjunctos, similiter cum suo onere pro portione hereditatis perveniat. Hoc ita tam varie, quia conjuncti quidem propter unitatem sermonis quasi in unum corpus redacti sunt, et partem conjunctorum sibi heredum quas suam praeoccupant, disjuncti vero ab ipso testatore sermone apertissime sunt discreti, ut suum quidem habeant, alienum autem non soli appetant, sed cum omnibus coheredibus suis accipiant.

Cum autem, in superiore parte legis, non aditam hereditatem minime, nisi quibusdam personis, ad heredes defuncti transmitti disposuimus, necesse est, si quis solidam hereditatem non adierit, hanc, si quidem habeat substitutum, ad eum, si voluerit et potuerit, pervenire. Quodsi hoc non sit, vel ab intestato successores eam suscipiant, vel si nulli sint, vel accipere nolint, tunc ad nostrum aerarium devolvatur. Justinianus in c. un. §. 5. 10 et 13. C. VI, 51. de caducis tollendis.

---

[1]) S. oben §. 206.

[2]) S. weiter unten §. 232.

Zweiter Abschnitt.

Die Lehre von den Vermächtnissen.

§. 220.

Allgemeine Vorbemerkungen.

Von jeher stand es dem Erblasser frei, in seinem Testamente, nach der Einsetzung des directen Erben, auch noch, in Form von Legaten, Vermächtnisse anzuordnen. Dadurch wurde denn freilich dem Erben, welchem die Auszahlung der Vermächtnisse anbefohlen war, immer seine Erbportion, mehr oder weniger, geschmälert, und darum werden alle dergleichen Vermächtnisse, ihrem Erfolge nach, als delibationes hereditatis bezeichnet.

Sie begründeten indessen für diejenigen, zu deren Gunsten sie angeordnet waren, niemals wahre Erbansprüche und diesen entsprechende successiones per universitatem, sondern immer nur, neben der eigentlichen Erbfolge eintretende, Singularsuccessionen in die einzelnen vermachten Sachen. Deßwegen setzten sie auch immer daneben das Dasein eines wahren Erben, dessen Erbportion dadurch verringert werden sollte, als wesentliche Bedingung ihrer Gültigkeit voraus. Denn vor allem mußte dafür gesorgt sein, daß ein successor per universitatem, welcher die vermögensrechtliche Person des Verstorbenen fortsetzt, nach dessen Tode vorhanden war.[1]) Daß ursprünglich nur neben der testamentarischen Erbfolge Vermächtnisse vorkommen konnten, das hatte seinen einfachen Grund darin, daß eine individuelle Disposition über den ganzen künftigen Nachlaß, oder über Theile desselben, mortis causa, lange Zeit überhaupt nur in Form von Testamenten statthaft war. Doch lag die allmählige Ausdehnung dieser Vermachungsbefugniß auf denjenigen Erblasser, welcher sich ab intestato beerben ließ, durch die Vermittelung der Codicille, ziemlich nahe.

Bei solchen Vermächtnissen finden wir zwar nicht so, wie bei der Erbfolge die hereditas und bonorum possessio, zwei sich fortlaufend neben einander bildende, verschiedene In-

[1]) S. oben §. 193. a. E.

ſtitute des Civil- und prätoriſchen Rechtes, indem in der That alle Vermächtniſſe civilrechtlicher Natur ſind. Wohl aber läßt ſich auch hier, auf eine ſonſt und im Uebrigen ähnliche Weiſe, eine doppelte Theorie der Vermächtniſſe, die des älteren ſtrengeren, und die des neueren, billigeren Civilrechtes, in den Legaten und in den Fideicommiſſen nachweiſen. Erſt Juſtinian hat, auf eine höchſt eigenthümliche Weiſe, beide Arten von Vermächtniſſen mit einander verſchmolzen.[1])

Auch bei den Vermächtniſſen iſt, wie bei der Erbfolge, zwiſchen der Delation und der Adquiſition zu unterſcheiden. Doch beruht die Delation der Vermächtniſſe nicht ſo, wie die der Erbfolge, auf einem doppelt möglichen Grunde, ſondern immer nur auf dem einen, einer individuellen, letztwilligen Dispoſition des Erblaſſers, indem es keine geſetzlichen Vermächtniſſe giebt. Auch iſt die Adquiſition der Vermächtniſſe von der der Erbſchaft, in mehr als einer Beziehung, verſchieden.

Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit. Florentinus in fr. 116. pr. D. XXX. de legat.

§. 221.

Die Legate insbeſondere.

Gai. Comm. lib. II. §. 191. sq. — Inst. lib. II. tit. 20. de legatis. — Dig. lib. XXX — XXXII. de legatis et fideicommissis. — Cod. lib VI. tit. 43. communia de legatis et fideicommissis.

In einem urſprünglichen und weiteren Sinne ſcheint das Wort legare das geſammte Teſtiren bezeichnet zu haben, und in der That hat wohl urſprünglich das Vermächtniß nur die Natur einer, dem inſtituirten Erben im Teſtamente aufgelegten Mancipationsclauſel gehabt.[2]) Als aber das Vermächtniß, im Gegenſatze der Erbeseinſetzung, der heredis institutio, eine mehr ſelbſtſtändige Form erhielt, ſo bildete ſich dafür, als der eigentlich bezeichnende Name, das Wort legare, legatum im engeren Sinne.

Es konnte nämlich der Teſtirer, nachdem er ſich ſeinen directen Erben ernannt hatte, einer Perſon, wenn ſie nur ſonſt

[1]) S. unten §. 223.

[2]) S. oben §. 198.

fähig war, im Testamente instituirt zu werden, statt sie wirklich zum Erben einzusetzen, etwas von dem Nachlasse titulo singulari zuwenden, vermachen, legare. Das bewerkstelligte er entweder dadurch, daß er dem im Testamente instituirten Erben befahl, einzelne Vermögensstücke aus dem Nachlasse jener Person, dem legatarius, zu geben, oder das an sich Nehmen derselben dem Legatare zu gestatten, oder dadurch, daß er unmittelbar dem Legatare selbst befahl, sich ohne weiteres gewisse Sachen aus dem Nachlasse, als ihm zum Eigenthume zugewiesen, anzueignen, sie an sich zu nehmen.

Mit der heredis institutio hatte die Anordnung eines solchen Legates die Aehnlichkeit, daß sie nur in einem rechtsgültigen Testamente, nur mit directen, an den Erben, oder an den Legatar gerichteten, befehlenden, lateinischen, formellen Worten, verba civilia, geschehen konnte. Von der Art der dabei vom Testirer gebrauchten Formel hing dann zunächst das Recht ab, welches der Legatar aus der Erwerbung des Legates erhielt. Es war dieses bald ein sofortiges Eigenthumsrecht an der legirten Sache, in Gemäßheit dessen der Legatar sie ohne weiteres aus der Erbschaft herausnehmen und von jedem Dritten vindiciren konnte, bald war es nur eine obligatio, eine actio gegen den instituirten Erben, auf Herausgabe der legirten Sache. Darauf bezieht sich die Eintheilung der Legate, ihren Grundformen nach, zunächst in legata per vindicationem und in legata per damnationem; wozu, gewissermaaßen als eine die beiden vorigen vermittelnde Form, die legata sinendi modo und, für einen besonderen Fall, als Unterart der per vindicationem legata, die legata per praeceptionem kamen. Weil übrigens die richtige Anwendung der so streng vorgeschriebenen Legatsformeln in der Praxis oft Schwierigkeit machte und Ungültigkeit des beabsichtigten Legates nach sich zog, so bestimmte das senatusconsultum Neronianum, daß, wenn ein in schwererer Form angeordnetes Legat, wegen irgend eines gesetzlichen Mangels, als solches, nicht Bestand haben könne, es, solange als möglich, als Legat in der leichteren Form, perinde ac si optimo jure legatum esset, nämlich als per damnationem legatum, aufrecht erhalten werden solle.

Nach der regula Catoniana kann ein Legat, welches

unwirksam gewesen wäre, wenn der Testirer gleich nach dessen Anordnung gestorben wäre, hinterdrein durch den Umstand, daß der Testirer erst später stirbt, nicht noch Gültigkeit erlangen.

Verbis legis duodecim tabularum his: uti legassit suae rei, ita jus esto, latissima potestas tributa videtur et heredes instituendi et legata, et libertates dandi, tutelas quoque constituendi. Pompon. in fr. 120. D. L. 16. de verb. signif.

Legatum est donatio quaedam a defuncto relicta, ab herede praestanda. §. 1. Inst. II, 20. de legatis.

Legatum est, quod legis modo, id est, imperative testamento relinquitur. Nam ea, quae precativo modo relinquuntur, fideicommissa vocantur.

Legamus autem quatuor modis, per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per praeceptionem. Per vindicationem his verbis legamus: do, lego, capito, sumito, tibi habeto. Per damnationem his verbis: heres meus damnas esto dare, dato, facito, heredem meum dare jubeo. Sinendi modo ita: heres meus damnas esto sinere, Lucium Titium sumere illam rem sibique habere. Per praeceptionem sic: Lucius Titius illam rem praecipito. Per vindicationem legari possunt res, quae utroque tempore ex jure Quiritium testatoris fuerunt, mortis et quando testamentum faciebat, praeterquam si pondere, mensura, numero contineantur; in his enim satis est, si vel mortis duntaxat tempore fuerint ex jure Quiritium. Per damnationem omnes res legari possunt, etiam quae non sunt testatoris, dummodo tales sint, quae dari possint. Sinendi modo legari possunt res propriae testatoris et heredis ejus. Per praeceptionem legari possunt res, quae etiam per vindicationem. —

Senatusconsulto Neroniano — cautum est, ut, quod minus aptis verbis legatum est, perinde sit, ac si optimo jure legatum esset. Optimum autem jus legati per damnationem est. —

Legari autem illis solis potest, cum quibus testamenti factio est. §. 24. Inst. II, 20. de legat.

Ante heredis institutionem legari non potest, quoniam et potestas testamenti ab heredis institutione incipit. —

A legatario legari non potest. Ulpiani Fragm. tit. XXIV. §. 1—8. 10. 11. 15. 20.

Catoniana regula sic definit: quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocunque decesserit, non valere. Celsus in fr. 1. D. XXXIV, 7. de regula Caton.

§. 222.

Die Fideicommiſſe und Codicille.

Gai. Comm. lib. II. §. 246 sq. — Inst. lib. II. tit. 24. de singulis rebus per fideicommissum relictis. tit. 25. de codicillis. — Dig. lib. XXIX. tit. 7. de jure codicillorum. lib. XXX—XXXII. de legatis et fideicommissis. — Cod. lib. VI. tit. 36. de codicillis. tit. 43. communia de legatis et fideicommissis.

Die Erblaſſer mögen ſchon früh angefangen haben, wenn ſie entweder gar kein Teſtament gemacht, oder irgend eine Verfügung darin vergeſſen hatten, ihre Teſtaments- oder Inteſtaterben, im Vertrauen auf ihre fides, Erbenpietät, zu bitten, daß ſie gewiſſe Auflagen zum Beſten eines Dritten erfüllen, namentlich gewiſſe Sachen an dieſen Dritten herausgeben, reſtituiren ſollten. Es hieß dieſes dann, im Gegenſatze des directo jure relinquere, ein fidei heredis committere, fideicommissum. Namentlich geſchah ſo etwas oft in formloſen Briefen, codicilli, welche von dem Erblaſſer an ſeinen künftigen Erben gerichtet wurden. Nur freilich hatten dergleichen codicillariſche Bitten urſprünglich für den Erben durchaus keine juriſtiſch klagbar verbindliche Kraft, ſondern ihre Erfüllung wurde eben nur dem eigenen Pietätsgefühle, der fides des Erben, überlaſſen. Eine juriſtiſch verbindliche Kraft erhielten ſie indeſſen ſeit Auguſtus, mittelſt einer, zu dieſem Zwecke eingeführten extraordinaria cognitio. Praetor fideicommissarius. Erſt dadurch wurden die Fideicommiſſe zu einem Rechtsinſtitute, zu wirklichen Vermächtniſſen, nach Art der Legate, erhoben.

Aus dieſer Entſtehungsgeſchichte erklärt ſich auch theils die urſprüngliche Formloſigkeit der Fideicommiſſe, theils ihre ſonſtige, von der Strenge der Legate mehrfach abweichende Theorie. Denn ſie wurden bittweiſe, verbis precativis, angeordnet. Es konnte ferner ihre Auszahlung auch dem Inteſtaterben, ja ſelbſt einem bloßen Legatar und Vermächtnißnehmer, in jeder beliebigen Sprache und mit beliebigen Worten, ſogar durch bloße Winke, aufgelegt werden. Dagegen äußerten ſie aber auch umgekehrt nie die volle ſtrenge Wirkung eines Legates. Namentlich gewährten ſie dem Vermächtnißnehmer niemals eine vin-

dicatio, nicht einmal eine wahre actio, sondern nur eine persecutio, in Beziehung auf den vermachten Gegenstand.

Seit Constantin wurde nun allerdings auch für die Codicille eine eigene besondere Form vorgeschrieben. Diese war sogar anfangs geradezu die Testamentsform, aber späterhin, seit Theodosius II., eine davon verschiedene, leichtere. Danach konnten die Codicille schon vor fünf Zeugen, sowohl mündlich, als schriftlich errichtet werden. Auch wurden sie sonst nicht in allen Punkten der Solennisirung so strenge beurtheilt, wie Testamente. Vollends bedurften die Codicille, in Rücksicht ihres Inhaltes, zu ihrer Gültigkeit, keiner directen Erbeseinsetzung. Vielmehr konnte umgekehrt die heredis institutio niemals gültig in einem Codicille angeordnet werden, sondern blieb immer lediglich dem eigentlichen Testamente vorbehalten. Auch darin unterscheiden sich die Codicille von den Testamenten, daß man mehrere, auch der Zeit nach, verschiedene Codicille errichten kann, welche einander nicht aufheben, sondern neben einander gelten sollen.

Einen ganz besonderen Charakter nahmen an diejenigen Codicille, welche im Testamente selbst erwähnt und bestätigt worden, codicilli testamento confirmati. Denn diese wurden als integrirender Theil und gewissermaaßen als Fortsetzung des sie bestätigenden Testamentes betrachtet. Daher bedurften sie gar keiner besonderen Form, indem sich die bei der Errichtung des Testamentes selbst beobachtete Form stillschweigend mit auf sie erstreckte. Sie standen ferner auch insofern dem Testamente gleich, als namentlich in ihnen eben so gut, wie im Testamente, Legate angeordnet und Tutoren ernannt werden konnten. Nur Erbeseinsetzungen und förmliche Enterbungen waren in ihnen unzulässig, indem diese, als wesentliche Theile des Testamentes, nur in dem eigentlichen Testamente selbst, nicht in einer bloßen Fortsetzung desselben, vorkommen konnten.

Aus dem Bisherigen ergiebt sich, daß im Ganzen ein Codicill, zu seiner rechtsgültigen Anordnung, in vielfacher Beziehung, weniger voraussetzt, als ein Testament, und daß deßhalb eine letztwillige Disposition oft als gültiges Codicill bestehen kann, obgleich ihr manche Voraussetzung und Bedingung eines gültigen Testamentes mangelt. Darauf eben beruht die Mög-

lichkeit und Nützlichkeit der ſ. g. Codicillarclauſel, welche dem Teſtamente beigefügt werden kann und ſogar, der Vorſicht wegen, faſt immer beigefügt zu werden pflegt. Sie bezweckt Aufrechterhaltung der letztwilligen Dispoſitionen, ſoweit ſie ſich mit der nothwendigen Strenge des Rechtes vereinigen läßt.

Sciendum est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma fuisse, quia nemo invitus cogebatur praestare id, de quo rogatus erat. Quibus enim non poterant hereditates, vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum, qui capere ex testamento poterant. Et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo juris, sed tantum pudore eorum, qui rogabantur, continebantur. Postea primus divus Augustus, semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam, jussit consulibus, auctoritatem suam interponere. Quod, quia justum videbatur et populare erat, paulatim conversum est in assiduam jurisdictionem, tantusque favor eorum factus est, ut paulatim etiam praetor proprius crearetur, qui de fideicommissis jus diceret, quem fideicommissarium appellabant. §. 1. Inst II, 23. de fideicommissariis hereditatibus.

Fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur, nec ex rigore juris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis.

Verba fideicommissorum in usu fere sunt haec: fideicommitto, peto, volo dari, et similia. Etiam nutu relinquere fideicommissum, in usu receptum est.

Fideicommissum relinquere possunt, qui testamentum facere possunt, licet non fecerint. Nam intestatus quis moriturus fideicommissum relinquere potest. Res per fideicommissum relinqui possunt, quae etiam per damnationem legari possunt.

Fideicommissum et ante heredis institutionem, et post mortem heredis, et codicillis etiam non confirmatis testamento dari potest, licet legari non possit. Item graece fideicommissum scriptum valet, licet legatum graece scriptum non valeat.

Fideicommissa non per formulam petuntur, ut legata, sed cognitio est Romae quidem consulum, aut praetoris, qui fideicommissarius vocatur, in provinciis vero praesidis provinciarum. Ulpiani Fragm. tit. XXV. §. 1—5. 8. 9. et 12.

Ante Augusti tempora constat, jus codicillorum in usu non fuisse. Sed primus Lucius Lentulus, ex cujus persona etiam fideicommissa coeperunt, codicillos introduxit. Nam, cum decederet in Africa, scripsit codicillos testamento confirmatos, quibus ab Augusto petiit per fideicommissum, ut faceret aliquid. Et, cum divus Augustus voluntatem ejus implesset, deinceps reliqui, auctoritatem ejus secuti, fideicommissa praestabant, et filia Lentuli legata, quae jure non debebat, solvit. Dicitur Augustus

convocasse prudentes, inter quos Trebatium quoque, cujus tunc auctoritas maxima erat, et quaesiisse, an posset hoc recipi, nec absonans a juris ratione codicillorum usus esset. Et Trebatium suasisse Augusto, quod diceret, utilissimum et necessarium hoc civibus esse, propter longas et magnas peregrinationes, quae apud veteres fuissent, ubi, si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset. Post quae tempora, cum et Labeo codicillos fecisset, jam nemini dubium erat, quin codicilli jure optimo admitterentur.

Non tantum autem testamento facto potest quis codicillos facere, sed et intestatus quis decedens fideicommittere codicillis potest.

Codicillis autem hereditas neque dari, neque adimi potest, ne confundatur jus testamentorum et codicillorum, et ideo nec exheredatio scribi. —

Codicillos autem etiam plures quis facere potest, et nullam solennitatem ordinationis desiderant. Pr. §. 1—3. Inst. II, 25. de codicillis.

In omni autem ultima voluntate, excepto testamento, quinque testes, vel rogati, vel qui fortuito venerint, in uno eodemque tempore debent adhiberi, sive in scriptis, sive sine scriptis voluntas conficiatur; testibus videlicet, quando in scriptis voluntas componitur, subnotationem suam accommodantibus. Theodos. in c. 8. C. VI, 36. de codicillis.

Codicillos is demum facere potest, qui et testamentum facere potest. Marcianus in fr. 6. §. 3. D. XXIX, 7. de jure codicillorum.

Illud quoque pari ratione servandum est, ut testator, qui decrevit facere testamentum, si id adimplere nequiverit, intestatus videatur esse defunctus, nec transducere liceat ad fideicommissi interpretationem, velut ex codicillis ultimam voluntatem, nisi id ille complexus sit, ut vim etiam codicillorum scriptura debeat obtinere. Theod. in c. 8. §. 1. C. VI, 36. de codicillis.

§. 223.

Verschmelzung der Legate und Fideicommisse.

Dig. lib. XXX—XXXII. de legatis et fideicommissis. Cod lib. VI. tit. 43. communia de legatis et fideicommissis.

Schon früher waren durch kaiserliche Constitutionen, so wie in Hinsicht der äußeren Form ihrer Anordnung, die Legate und Fideicommisse einander näher gerückt, eben so auch die bisher bestandenen verschiedenen Formen der Legate, durch ihre theilweise Verschmelzung, vereinfacht worden. Zuletzt erließ Justi-

nian eine durchgreifende Verordnung, wodurch er die Legate und Fideicommisse, obgleich er sie, als zwei verschiedene mögliche äußere Formen des Vermächtnisses, zwischen deren Gebrauch der Erblasser die Wahl hat, fortbestehen ließ, dennoch insofern einander völlig gleichstellte, als jedes Legat auch zugleich ein Fideicommiß, so wie umgekehrt jedes Fideicommiß zugleich mit ein Legat enthalten soll. Eben darum vereinigt nunmehr jedes Vermächtniß, es mag nun in der Form des Legates, oder in der des Fideicommisses angeordnet werden, alle Vorzüge und Vortheile beider bisherigen Vermächtnißarten, die der Legate und die der Fideicommisse, soweit dieses irgend möglich ist, in sich. Es kommt nämlich hiernach bald die Theorie der Legate, bald die der Fideicommisse zur Anwendung, je nachdem diese, oder jene, für die Aufrechterhaltung des angeordneten Vermächtnisses, oder für den Zweck und Vortheil des Vermächtnißnehmers, in jedem einzelnen als die günstigere erscheint. Doch sind trotzdem einige bisherige Eigenthümlichkeiten der Legate, welche, ihrer Natur nach, sich nicht füglich auf Fideicommisse übertragen lassen, übrig geblieben. Dahin gehört, daß zwar die Freilassung eines Sclaven, sowohl in Form eines Legates, als in der eines Fideicommisses, angeordnet werden kann, ihre Wirkungen aber in beiden Fällen, auch noch nach dem neuesten römischen Rechte, eine verschiedene ist. Denn der in Legatsform Freigelassene, weil er schon durch die Anordnung selbst frei wird, hat keinen Freilasser und Patronus unter den Lebenden, ist und heißt deßhalb libertus orcinus, während der fideicommißweise Freigelassene in der Person desjenigen, der zu seiner Freilassung beauftragt ist, dem natürlichen Erfolge nach, einen Freilasser und also einen Patronus erhält.

Abgesehen von diesen Singularitäten, lassen sich nunmehr im neuesten römischen Rechte gemeinschaftliche Grundsätze für beide Vermächtnißarten aufstellen.

Sie betreffen vorerst die Person des Vermachenden. Dieser muß jedenfalls die testamenti factio (activa) haben. Doch bedarf es dazu keiner Testamentserrichtung, indem auch, wer intestatus verstirbt, Vermächtnisse mit Wirksamkeit anordnen kann.

Sie betreffen zweitens die Person desjenigen, dem das Vermächtniß zugewendet werden soll, des s. g. Honorirten. Die-

ser muß freilich im Allgemeinen die testamenti factio (passiva) haben, doch mit manchen einzelnen Milderungen. Er ist zwar in der Regel eine andere Person, als der eigentliche Erbe. Doch kann auch diesem Letzteren gültig und wirksam etwas vermacht werden, vorausgesetzt nur, daß er Miterben hat, die als Onerirte dabei erscheinen und von, so wie vor denen er etwas zum Voraus vermacht erhalten soll, als praelegatum. Denn von sich selber kann er allerdings kein Legat erhalten, und darum geht auch derjenige Theil des angeordneten Prälegates, den der Prälegatar sich eigentlich selber zu entrichten hätte, in der Eigenschaft als Vermächtniß unter und fällt mit der Erbportion, als solcher, zusammen.

Der mit dem Vermächtnisse Belastete, der s. g. Onerirte, kann nicht blos der Testaments- oder Intestaterbe, sondern auch jeder Vermächtnißnehmer sein, ja Jeder, welcher überhaupt irgend etwas mortis causa von dem Erblasser zugewendet erhält. Ist keine bestimmte Person als der Onerirte bezeichnet, so gilt die ganze Erbportion, oder Erbmasse als onerirt.

In Hinsicht der äußeren Form, kann das Vermächtniß sowohl in einem Testamente, als in Codicillen jeder Art, so wie in jeder Sprache und mit jeden beliebigen Worten angeordnet werden. Ja, selbst ohne alle Form soll es gelten, wenn es freiwillig vom Onerirten anerkannt wird. Als solches stillschweigendes Anerkenntniß soll es, nach einer besonderen Verordnung Justinian's, angesehen werden, wenn der Onerirte, auf sofortiges Verlangen desjenigen, welcher das Vermächtniß unmittelbar und zunächst mit Berufung auf ein Anerkenntniß der Art, in Anspruch nimmt, nicht zu schwören vermag, daß ihm das Vermächtniß vom Testirer nicht aufgelegt worden sei.

Bedingungen und Zeittermine sind, bei Anordnung von Vermächtnissen, weit unbeschränkter zulässig, wie bei Erbeseinsetzungen. Das hängt sehr natürlich damit zusammen, daß der Vermächtnißnehmer, als bloßer successor singularis, neben welchem immer mit Nothwendigkeit noch ein eigentlicher Erbe existirt, schon an sich nicht dazu bestimmt ist, den Erblasser zu repräsentiren. Darum leiden die Gründe, auf welchen die Nothwendigkeit des Satzes: semel heres, semper heres, beruht, auf Vermächtnisse keine Anwendung. Indessen konnte doch kein Legat gültig angeordnet werden poenae nomine, coër-

cendi heredis causa, d. h. nicht zunächſt blos zu dem Zwecke, um den onerirten Erben dadurch in ſeiner Freiheit zu beſchränken und ihm auf ſolche Weiſe eine Strafe, einen Nachtheil aufzulegen. Der Grund war wohl der, weil, nach der urſprünglichen Anſicht vom Legate, der eigentliche Zweck und die Abſicht des Legirenden darauf gerichtet ſein muß, dem Legatar etwas ihm Vortheilhaftes zuzuwenden. Erſt Juſtinian hat jene Beſchränkung ſo gut, wie ganz aufgehoben.

Was endlich die Größe, den möglichen Inhalt, Umfang und Gegenſtand der Vermächtniſſe betrifft, ſo enthalten §. 224 und 225 darüber die genaueren Beſtimmungen.

Sed olim quidem erant legatorum genera quatuor: per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per praeceptionem; et certa quaedam verba cuique generi legatorum assignata erant, per quae singula genera legatorum significabantur. Sed ex constitutionibus divorum principum solennitas hujusmodi verborum penitus sublata est. Nostra autem constitutio, quam cum magna fecimus lucubratione, defunctorum voluntates validiores esse cupientes, et non verbis, sed voluntatibus eorum faventes, disposuit, ut omnibus legatis una sit natura, et, quibuscunque verbis aliquid derelictum sit, liceat legatariis id persequi, non solum per actiones personales, sed etiam per in rem et per hypothecariam: cujus constitutionis perpensum modum ex ipsius tenore perfectissime accipere, possibile est.

Sed non usque ad eam constitutionem standum esse existimavimus. Cum enim antiquitatem invenimus legata quidem stricte concludentem, fideicommissis autem, quae ex voluntate magis descendebant defunctorum, pinguiorem naturam indulgentem; necessarium esse duximus, omnia legata fideicommissis exaequare, ut nulla sit inter ea differentia, sed, quod deest legatis, hoc repleatur ex natura fideicommissorum, et, si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissi natura. §. 1. 2. et 3. Inst. II. 20. de legatis.

Tam autem corporales res, quam incorporales legari possunt. Et ideo et quod defuncto debetur, potest alicui legari, ut actiones suas heres legatario praestet. §. 21. Inst. eod.

Poenae causa legari non potest. Poenae autem causa legatur, quod coërcendi heredis causa legatur, ut faciat quid, aut non faciat, non ut legatum pertineat; ut puta hoc modo: si filiam tuam in matrimonio Titio collocaveris, decem milia Sejo dato. Ulpiani Fragm. tit. XXIV. §. 17.

Sed hujusmodi scrupulositas nobis non placuit, et generaliter ea, quae relinquuntur, licet poenae nomine fuerint relicta,

vel ademta, vel in alios translata, nihil distare a ceteris legatis constituimus. §. 36. Inst. II, 20. de legatis.

§. 224.

Abzug der quarta Falcidia.

Gai. Comm. lib. II. §. 224 sq. — Inst. lib. II. tit. 22. de lege Falcidia. — Dig lib. XXXV. tit. 2. ad legem Falcidiam. tit. 3. si cui plus, quam per legem Falcidiam licuerit, legatum esse dicetur. — Cod. lib. VI. tit. 50. ad legem Falcidiam.

Ein Belaſten, Oneriren des Teſtamentserben mit Legaten über den reinen, nach Abzug der Erbſchaftsſchulden, übrig bleibenden Beſtand der Erbmaſſe hinaus, war zwar zu keiner Zeit dem Teſtirer in der Art erlaubt, daß der Erbe dadurch verpflichtet worden wäre. Denn das Legat galt als eine Schenkung, die der Teſtirer von der Erbſchaft ſelbſt machte. Wohl aber durfte er die ganze Erbportion des Onerirten dadurch erſchöpfen.

Das führte ſehr natürlich zu dem Reſultate, daß die berufenen Teſtamentserben oft lieber die Erbſchaft, welche ihnen keinen reellen Vortheil bot, ganz ausſchlugen. Um dieſem Uebelſtande, welcher nicht ſelten Deſtitution des ganzen Teſtamentes zur Folge hatte, abzuhelfen, wurden mancherlei legislative Verſuche gemacht, zuerſt durch die lex Furia und die lex Voconia. Allein ohne hinreichenden Erfolg. Erſt die lex Falcidia v. J. 714 n. E. R. erreichte den beabſichtigten Zweck durch die Beſtimmung, daß dem Teſtamentserben immer wenigſtens ein Viertheil ſeiner Erbportion, quadrans, von Legaten frei verbeiben müſſe, ihm alſo, wo das nicht der Fall ſei, der Abzug dieſes Viertheiles, der quarta Falcidia, geſtattet ſein ſolle.

Wenngleich nun die lex Falcidia, urſprünglich und zunächſt blos zum Beſten der Teſtamentserben und nur zum Schutze derſelben gegen Ueberſchwerung mit Legaten beſtimmt war, wurde ihr Inhalt doch allmählig, durch ſpätere Geſetze, viel weiter erſtreckt, theils auf alle onerirte Erben, auch die Inteſtaterben, theils auch auf alle andere, die Erben beſchwerende Vermächtniſſe. Wichtig ſind, in dieſer Beziehung, beſonders das senatusconsultum Pegasianum und eine Conſtitution von Antonin. Umgekehrt litt die lex von jeher geſetzlich einzelne Ausnahmen. Ja, nach dem neueſten Juſtinianei-

ſchen Rechte, kann das Abzugsrecht, durch ein individuelles Verbot des Erblaſſers ſelbſt, für den einzelnen Erbfall ganz aufgehoben werden, was früherhin nicht ſtatthaft geweſen war.

Hoc solum observandum est, ne plus quisquam rogetur alicui restituere, quam ipse ex testamento ceperit. Nam quod amplius est, inutiliter relinquitur. §. 1. Inst. II, 24. de singulis rebus per fideicommissum relictis.

Sed olim quidem licebat, totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare, nec quidquam heredi relinquere, praeterquam inane nomen heredis. Idque lex duodecim tabularum permittere videbatur, qua cavetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, his verbis: uti legassit suae rei, ita jus esto. Quare, qui scripti heredes erant, ab hereditate se abstinebant; et idcirco plerique intestati moriebantur.

Itaque lata est lex Furia, qua, exceptis personis quibusdam, ceteris plus mille assibus legatorum nomine mortisve causa capere, permissum non est. Sed et haec lex non perfecit, quod voluit. Qui enim verbi gratia quinque millium aeris patrimonium habebat, poterat, quinque hominibus singulis millenos asses legando, totum patrimonium erogare.

Ideo postea lata est lex Voconia, qua cautum est, ne cui plus, legatorum nomine mortisve causa, capere liceret, quam heredes caperent. Ex qua lege plane quidem aliquid utique heredes habere videbantur, sed tamen fere vitium simile nascebatur. Nam, in multas legatariorum personas distributo patrimonio, poterat adeo heredi minimum relinquere testator, ut non expediret heredi, hujus lucri gratia, totius hereditatis onera sustinere.

Lata est itaque lex Falcidia, qua cautum est, ne plus legare liceat, quam dodrantem. Itaque necesse est, ut heres quartam partem hereditatis habeat; et hoc nunc jure utimur. Gai. Comm. II. §. 224—227.

Quicunque civis romanus post hanc legem (Falcidiam) rogatam testamentum faciet, is quantam cuique civi romano pecuniam jure publico dare, legare volet, jus potestasque esto: dum ita detur legatum, ne minus, quam partem quartam hereditatis eo testamento heredes capiant. Paulus in fr. 1. pr. D. XXXV, 2. ad leg. Falcid.

Quantitas autem patrimonii, ad quam ratio legis Falcidiae redigitur, mortis tempore spectatur. —

Cum autem ratio legis Falcidiae ponitur, ante deducitur aes alienum, item funeris impensa, et pretia servorum manumissorum. Tunc demum in reliquo ita ratio habetur, ut ex eo quarta pars apud heredem remaneat, tres vero partes inter legatarios distribuantur, pro rata scilicet portione ejus, quod cuique eorum legatum fuerit. §. 2 et 3. Inst. II, 22. de lege Falcidia.

Nunquam legatarius vel fideicommissarius, licet ex Trebelliano

senatusconsulto restituatur ei hereditas, utitur legis Falcidiae beneficio. Ulpian. in fr. 47. §. 1. D. XXXV, 2. ad legem Falcidiam.

§. 225.

Verschiedenheit der Vermächtnisse, ihrem Gegenstande und Inhalte nach.

Den Gegenstand eines Vermächtnisses kann im neuesten römischen Rechte Alles bilden, was Gegenstand einer obligatio sein kann. Daher können nicht blos körperliche Sachen, zum Zwecke der Eigenthumsübertragung, vermacht, sondern auch andere Vermögensrechte jeder Art, legats- oder fideicommißweise, zu Gunsten des Vermächtnißnehmers, bestellt werden. Namentlich sowohl jura in re aliena, z. B. Servituten und Pfandrechte, als neue Obligationen. Zu den letzteren gehört das nomen legatum, wenn dem Legatare eine dem Erblasser selbst, oder dem onerirten Erben zustehende Forderung vermacht wird. Der Legatar erhält daraus das Recht, mit einer actio utilis die fremde ihm vermachte Forderung für sich einzuklagen. Dahin gehört ferner die liberatio legata, wenn dem Legatare eine, ihm gegen den Erblasser, oder den Onerirten obliegende Schuldverbindlichkeit erlassen wird. Endlich das debitum legatum, wenn der Erblasser dem Legatare noch besonders dasjenige vermacht, was er schon außerdem demselben schuldete. Nur setzt freilich die Wirksamkeit dieses letzteren voraus, daß dem Legatare daraus irgend ein Vortheil, in Beziehung auf diese seine Forderung, den er außerdem nicht haben würde, erwächst.

§. 226.

Besondere Eigenthümlichkeiten des legatum partitionis und des fideicommissum hereditatis.

Gai. Comm. lib. II. §. 247 sq. — Inst. lib. II. tit. 23. de fideicommissariis hereditatibus. — Dig. lib. XXXVI. tit. 1. ad senatusconsultum Trebellianum. — Cod. lib. VI. tit. 49. ad senat. Trebell.

Es liegt schon in dem ursprünglichen und natürlichen Begriffe eines Vermächtnisses, als einer bloßen Verringerung, delibatio, der fremden Erbportion, daß der Vermächtnißnehmer nicht selber Erbe, nicht Repräsentant des Erblassers, sondern

nur singularis successor wird. Dieses Verhältniß gestaltet sich nun auch sehr einfach da, wo einzelne Vermögensstücke, Sachen und Rechte den Gegenstand des Vermächtnisses bilden. Aber ein eigenthümliches und zum Theil sehr verwickeltes Verhältniß tritt ein, wo, was allerdings schon früh für möglich und statthaft galt, den Gegenstand des Vermächtnisses die ganze Erbportion, oder eine Quote derselben bilden soll.

Dieses Letztere konnte namentlich von jeher vorkommen in Form eines Legates, indem von dem Testirer dem Erben eine Theilung, partitio, seiner Erbportion mit dem Legatare anbefohlen wurde. Es hieß dieses partitionis legatum, oder partitio legata. Hier liegt es schon in dem Wesen einer solchen angeordneten Theilung, daß den Gegenstand dieses Vermächtnisses zwar immer eine Quote der Erbschaft, als solcher, bildet, bald die Hälfte, bald eine andere beliebige Quote, allein nie die ganze Erbportion. Uebrigens wurde auch hierbei consequent das Princip festgehalten, daß der Legatar immer nur Singularsuccessor werde, daß also auch weder die nachgelassenen Forderungen, noch die Schulden des Erblassers auf ihn übergingen. Daher blieb, nach vorgenommener Theilung der einzelnen körperlichen Sachen, dem Erben und Legatare nichts übrig, als, durch gegenseitige Verabredungen, über verhältnißmäßige Contribution von Seiten des Legatares zur Bezahlung der auf der Erbportion liegenden Schuldenlasten, so wie über verhältnißmäßige Mittheilung der eingehenden Erbschaftsforderungen, von Seiten des Erben an den Legatar, stipulationes partis et pro parte, künstlich eine Ausgleichung in dieser Hinsicht, wie sie das vom Testirer anbefohlene Theilen der ganzen Erbportion nöthig machte, zu bewirken. Doch ließen sich alle diese Weitläufigkeiten dadurch vermeiden, daß der Erbe, statt mit ihm förmlich zu theilen, den Legatar vergleichsweise mit einer runden Summe im Allgemeinen abfand.

Es konnte aber auch ferner, seit der Ausbildung der Fideicommisse, der Testaments- oder Intestaterbe, der in dieser Beziehung fiduciarius heres heißt, fideicommißweise gebeten werden, entweder seine ganze Erbportion, oder eine Quote davon an einen Dritten, den fideicommissarius heres, zu restituiren. Das hieß dann fideicommissum hereditatis, oder fideicommissaria hereditas. Es unterschied sich,

abgesehen von der Form der Anordnung, schon dadurch wesentlich von dem partitionis legatum, daß auch die ganze Erbportion den Gegenstand eines solchen Vermächtnisses bilden konnte. Indessen auch hier trat ursprünglich, zum Zwecke der Verwirklichung des Vermächtnisses, ein ähnliches Verhältniß ein, wie bei der partitio legata. Daher mußten auch hier wieder die oben erwähnten stipulationes partis et pro parte zu Hülfe genommen werden. Allein das unter Kaiser Nero ergangene senatusconsultum Trebellianum machte sie überflüssig, indem hiernach, pro rata der restituirten Erbportion, der Fideicommissarius, in Rücksicht der Erbschaftsforderungen und Erbschaftsschulden, als wirklicher Erbe und Miterbe behandelt werden sollte. Obgleich nun späterhin unter Vespasian das senatusconsultum Pegasianum, für gewisse Fälle, wieder die oben erwähnten Stipulationen nöthig machte, so hat doch zuletzt Justinian durchgreifend für alle Fälle angeordnet, daß immer der Fideicommissar, nach dem Zeitpunkte der erfolgten Restitution der Erbschaft, nach Maaßgabe derselben, für einen wahren Repräsentanten und Erben gelten sollte. Nur freilich trat alles dieses erst nach erfolgter Restitution der Erbschaft, von Seiten des Fiduciarius an den Fideicommissarius, ein. Denn vor diesem Zeitpunkte hat der Fideicommissarius noch gar keinen wahren Antheil an der Erbschaft, sondern nur eine Forderung auf Restitution. Zur Restitution bedarf es aber nicht gerade einer wahren Ablieferung der Erbschaftssachen, sondern es genügt vielmehr die bloße, wörtliche Erklärung des Fiduciarius, daß er hiermit restituire. Uebrigens wurde, durch das senatusconsultum Pegasianum, die Bestimmung der lex Falcidia über das Recht des mit Legaten beschwerten directen Erben, die quarta für sich zu verlangen, auch auf die fideicommissaria hereditas angewendet. Seitdem kann aber auch der Fiduciar von dem Fideicommissare sogar gezwungen werden, die Erbschaft, zum Zwecke ihrer Restitution, anzutreten, falls seine Weigerung auf bloßem Eigensinne und nicht auf anderen, reellen Gründen beruht.

Sicut singulae res legari possunt, ita universarum quoque summa legari potest, ut puta: Mevius heres meus cum Titio hereditatem meam partito, dividito. Quo casu dimidia pars bonorum legata videtur. Potest autem et alia pars,

velut tertia, vel quarta legari. Quae species partitio appellatur. Ulpiani Fragm. tit. XXIV. §. 25.

Cum aliquis scripserit: Lucius Titius heres esto, poterit adjicere: rogo te, Luci Titi, ut, cum primum possis hereditatem meam adire, eam Gaio Seio reddas, restituas. Potest autem quisque et de parte restituenda heredem rogare, et liberum est, vel pure, vel sub conditione relinquere fideicommissum, vel ex die certo.

Restituta autem hereditate is, qui restituit, nihilo minus heres permanet; is vero, qui recipit hereditatem, aliquando heredis, aliquando legatarii loco habebatur. Et Neronis quidem temporibus, Trebellio Maximo et Annaeo Seneca consulibus, senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut, si hereditas ex fideicommissi causa restituta sit, omnes actiones, quae jure civili heredi et in heredem competerent, ei et in eum darentur, cui ex fideicommisso restituta esset hereditas. Post quod senatusconsultum praetor utiles actiones ei et in eum, qui recipit hereditatem, quasi heredi et in heredem dare coepit.

Sed, quia heredes scripti, cum aut totam hereditatem, aut paene totam plerumque restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum, aut minimum lucrum recusabant, et ob id extinguebantur fideicommissa: postea, Vespasiani Augusti temporibus, Pegaso et Pusione consulibus, senatus censuit, ut ei, qui rogatus esset hereditatem restituere, perinde liceret, quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia in legatis retinere conceditur. Ex singulis quoque rebus, quae per fideicommissum relinquuntur, eadem retentio permissa est. Post quod senatusconsultum ipse heres onera hereditaria sustinebat, ille autem, qui ex fideicommisso recepit partem hereditatis, legatarii loco erat, id est ejus legatarii, cui pars bonorum legabatur; quae species legati partitio vocabatur, quia cum herede legatarius partiebatur hereditatem. Unde, quae solebant stipulationes inter heredem et partiarium legatarium interponi, eaedem interponebantur inter eum, qui ex fideicommisso recepit hereditatem et heredem, id est, ut et lucrum damnumque hereditarium pro rata parte inter eos commune sit. — Sed, si recuset scriptus heres adire hereditatem ob id, quod dicat, eam sibi suspectam esse, quasi damnosam, cavetur Pegasiano senatusconsulto, ut, desiderante eo, cui restituere rogatus est, jussu praetoris adeat et restituat hereditatem: perindeque ei et in eum, qui recepit hereditatem, actiones dentur, ac si juris est ex Trebelliano senatusconsulto. Quo casu nullis stipulationibus opus est, quia simul et huic, qui restituit, securitas datur, et actiones hereditariae ei et in eum transferuntur, qui recepit hereditatem, utroque senatusconsulto in hac specie concurrente.

Sed, quia stipulationes ex senatusconsulto Pegasiano descendentes et ipsi antiquitati displicuerunt et quibusdam casibus

captiosas eas homo excelsi ingenii, Papinianus appellat, et nobis in legibus magis simplicitas, quam difficultas placet, ideo, omnibus nobis suggestis tam similitudinibus, quam differentiis utriusque senatusconsulti, placuit, exploso senatusconsulto Pegasiano, quod postea supervenit, omnem auctoritatem Trebelliano senatusconsulto praestare, et ex eo fideicommissariae hereditates restituantur, sive habeat heres ex voluntate testatoris quartam, sive plus, sive minus, sive penitus nihil, ut tunc, quando vel nihil vel minus quartae apud eum remanet, liceat ei, vel quartam, vel quod deest, ex nostra auctoritate retinere, vel repetere solutum, quasi ex Trebelliano senatusconsulto, pro rata portione actionibus, tam in heredem, quam in fideicommissarium competentibus. §. 2—7. Inst. II, 23. de fideicommissariis hereditatibus.

§. 227.

Die mortis causa donatio.

Dig. lib. XXXIX. tit. 6. de mortis causa donationibus et capionibus. Cod. lib. VIII. tit. 57. de donat. mortis causa.

Diese mortis causa donatio bildet, neben den beiden bisher abgehandelten Grundformen der Vermächtnisse, den Legaten und den Fideicommissen, im neuesten römischen Rechte gewissermaaßen noch eine dritte, freilich lange Zeit sehr bestrittene Form der Vermächtnisse.

Mortis causa donatio heißt im Allgemeinen diejenige Schenkung, die zwar durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, durch einen Vertrag, bewerkstelligt wird, aber, mit ausdrücklicher Rücksicht auf den Tod des Schenkers, in der Art geschieht, daß sie nur für den Fall bestehen soll, wenn der Schenker vor dem Beschenkten stirbt. Eben deßhalb wird sie erst durch den noch bei Lebzeiten des Beschenkten erfolgten Tod des Schenkers perfect und kann bis dahin noch zu jeder Zeit einseitig vom Schenker widerrufen werden. Sie hatte deßhalb von jeher eine eigenthümliche, zwischen Verträgen und Vermächtnissen in der Mitte liegende, zweifelhafte Natur. Daher waren auch die römischen Juristen selbst darüber nicht einig, ob die mortis causa donatio, ihrem Wesen nach, im Ganzen als Vertrag, oder als Vermächtniß zu behandeln sei. Justinian hat zuletzt den Streit dahin entschieden, daß die Schenkung auf den Todesfall im Ganzen wie ein Legat behandelt werden solle. Nur freilich behält sie immer noch manches Eigenthümliche und von übrigen Vermächt-

niſſen Abweichende. Denn, vorerſt iſt ihr immer noch, trotz der Legatsnatur, wonach ſie zu ihrer Solennisirung Zuziehung von fünf Zeugen bedarf, die äußere Vertragsform geblieben. Sodann kann ſie, in dieſer ihrer Eigenſchaft als Vertrag, auch da Statt finden und beſtehen, wo gar kein Erbe, oder ein ſolcher, welcher an deſſen Statt den Erblaſſer repräſentirt, vorhanden iſt, während die eigentlichen Vermächtniſſe nur unter dieſer Vorausſetzung beſtehen.[1]) Aus demſelben Grunde konnte auch von jeher ein filiusfamilias, mit Einwilligung ſeines parens, alſo für dieſen, von dem ihm anvertrauten ſ. g. profecticium peculium wirkſam eine mortis causa donatio machen, obgleich er, unter denſelben Vorausſetzungen, weder teſtiren, noch legiren darf. Sehr Vieles iſt übrigens dabei zweifelhaft und beſtritten.

Mortis causa donatio est, quae propter mortis fit suspicionem; cum quis ita donat, ut, si quid humanitus ei contigisset, haberet is, qui accepit, sin autem supervixisset, qui donavit, reciperet, vel si eum donationis poenituisset, aut prior decesserit is, cui donatum sit. Hae mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia. Nam, cum prudentibus ambiguum fuerat, utrum donationis, an legati instar eam obtinere oporteret, et utriusque causae quaedam habebat insignia, et alii ad aliud genus eam retrahebant: a nobis constitutum est, ut per omnia fere legatis connumeretur, et sic procedat, quemadmodum nostra constitutio eam formavit. Et, in summa, mortis causa donatio est, cum magis se quis velit habere, quam eum, cui donatur, magisque eum, cui donat, quam heredem suum. §. 1, Inst. II, 7. de donationibus.

Filiusfamilias, qui non potest facere testamentum, nec voluntate patris, tamen mortis causa donare patre permittente potest. Marcian. in fr. 25. §. 1. D. XXXIX, 6. de mortis causa donatione.

§. 228.

Erwerbung der Vermächtniſſe.

Dig. lib. XXXVI. tit. 2. quando dies legati vel fideicommissi cedat. — Cod. lib. VI. tit. 51. de caducis tollendis. tit. 53. quando dies legati vel fideicommissi cedat.

Sobald derjenige, welchem das Vermächtniß zugedacht worden, den Tod des Erblaſſers, von dem das Vermächtniß angeordnet iſt, erlebt hat, ſo hat er auch dadurch ſchon auf das Ver-

[1]) S. oben §. 220.

mächtniß, für sich selbst und seine Erben, einen bleibenden Anspruch erworben. Dies legati cedit. Nur setzt das freilich voraus, daß das Vermächtniß unbedingt angeordnet worden, oder daß die Bedingung schon in Erfüllung gegangen ist. Einer besonderen Erklärung der Annahme bedarf es von Seiten des Legatares nicht. Indessen steht ihm, solange er noch nicht bestimmt erklärt hat, das Legat annehmen zu wollen, bis zu dieser agnitio legati, immer noch frei, das Vermächtniß auszuschlagen, in welchem letzteren Falle es rückwärts als gar nie erworben betrachtet wird. Die früheren Beschränkungen, wonach, in Gemäßheit der lex Julia et Papia Poppaea seit Augustus, vor der Eröffnung des Testamentes kein Legat erworben werden konnte, hat Justinian, mit ihren Folgen, aufgehoben[1]).

So die Erwerbung. Die wirkliche Auszahlung des Legates kann der Legatar jedenfalls erst dann verlangen, si dies legati venit, d. h. erst wenn der Erbe, an den er mit seinem Anspruche auf das Legat gewiesen ist, schon selber seine Erbportion angetreten hat. Besondere Umstände, z. B. ein vom Erblasser selbst bestimmter Zahlungstermin, können freilich auch einen noch längeren Aufschub des Zeitpunktes, ubi dies legati venit, begründen. Daraus ergiebt sich, daß regelmäßig der Zeitpunkt, in welchem es heißt: dies legati venit, später eintritt, als der Zeitpunkt, in welchem es heißt: dies legati cedit.

Cedere diem significat, incipere deberi pecuniam; venire diem significat, eum diem venisse, quo pecunia peti possit. Ulpian. in fr. 213. D. L, 16. de verb. signif.

Si post diem legati cedentem legatarius decesserit, ad heredem suum transfert legatum. Ulpian. in fr. 5. pr. D. XXXVI, 2. quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat.

Omnia, quae testamentis sine die vel conditione adscribuntur, ex die aditae hereditatis praestantur. Modestinus in fr. 32. pr. D. XXXI. de legatis.

Si quis rem sibi legatam ignorans adhuc legaverit, postea cognoverit, et voluerit ad se pertinere, legatum valebit; quia, ubi legatarius non repudiavit, retro ipsius fuisse videtur, ex quo hereditas adita est. Si vero repudiaverit, retro videtur res re-

[1]) S. weiter unten §. 233.

pudiata fuisse heredis. Ulpian. in fr. 44. §. 1. D. XXX. de legat.

§. 229.

Schutz der Vermächtniſſe.

An und für ſich begründet das Vermächtniß nur ein Obligationsverhältniß zwiſchen dem Onerirten und dem Honorirten, dem Vermächtnißnehmer, und zwar ein ſolches, welches die römiſchen Juriſten, in ihrem Obligationenſyſteme, quasi ex contractu ableiten.[1]) Daher iſt die Klage, womit der Vermächtnißnehmer, post diem legati venientem, ſeinen Anſpruch auf das erworbene Legat geltend machen und verfolgen kann, regelmäßig nur eine rein perſönliche, die ſ. g. actio personalis ex testamento. Sie war zwar urſprünglich für den Legatar beſtimmt, wurde aber ſpäterhin auch auf die Fideicommiſſe übertragen. Wem übrigens eine, der Species nach beſtimmte, dem Erblaſſer ſelbſt eigenthümlich gehörende Sache legirt worden, der wird eo ipso, ſchon durch die Erwerbung des Legates, ſofort Eigenthümer der legirten Sache, ohne erſt einer Tradition derſelben zu bedürfen, und erhält deßhalb ſchon ohne weiteres das Recht, die Sache als die ſeinige auch von jedem dritten Beſitzer zu vindiciren. Nach älterem Rechte ſetzte dieſer unmittelbare Uebergang des Eigenthumes auf den Legatar freilich immer gerade die Form des per vindicationem legatum voraus, wodurch der Legatar befehligt wurde, die legirte Species ſelber aus dem Nachlaſſe zu vindiciren. Es war das dann eine der mancherlei adquisitiones dominii, welche die Römer als lege adquirere bezeichneten. Allein auf dieſe Form der Anordnung kommt es, ſeit der Verſchmelzung aller Legate und Fideicommiſſe, nicht mehr an, wenn die legirte Sache nur ſonſt dem Teſtirer ſelbſt eigenthümlich gehört.

Zur Sicherung ſeines Vermächtnißanſpruches hat der Vermächtnißnehmer überdies noch eine geſetzliche, ſtillſchweigende Hypothek an der Erbportion des Onerirten.

Verzögert, oder verweigert der Onerirte auf eine ſchuldvolle Weiſe die Entrichtung des Vermächtniſſes, ſo konnte er zwar ſchon nach älterem Rechte deßhalb, im Gefolge eines häufig von

[1]) S. oben §. 144.

dem Testirer selbst im Testamente für diesen Fall angedrohten Präjudizes, alles, ihm vom Testirer Zugedachten zur Strafe verlustig gehen. Aber, nach dem neuesten römischen Rechte bedarf es einer solchen besonderen Androhung gar nicht mehr. Denn, in Gemäßheit einer allgemeinen Vorschrift von Justinian, kann dem Oblirten, wenn er, trotz einer richterlichen Aufforderung dazu, ein Jahr lang mit der Entrichtung des Vermächtnisses ohne gerechten Grund zögert, zur Strafe, wegen seiner dadurch bewiesenen Indignität, alles ihm vom Erblasser Zugedachte von gewissen dazu berechtigten Personen erbirt, weggenommen werden.[1])

Quibuscunque verbis aliquid relictum sit, liceat legatariis id persequi, non solum per actiones personales, sed etiam per in rem et per hypothecariam. §. 2. Inst. II, 20. de legatis.

§. 230.

Ungültigkeit der Vermächtnisse.

Gai. Comm. lib. II. §. 229 sq. — Inst. lib. II. tit. 21. de ademtione legatorum. — Dig. lib. XXXIV. tit. 4. de adimendis vel transferendis legatis vel fideicommissis.

Ein Vermächtniß kann schon gleich bei seiner Anordnung ungültig sein, legatum non scriptum. Es ist das die natürliche Folge des Umstandes, daß, gleich bei der Anordnung des Vermächtnisses, es an irgend einem wesentlichen Erfordernisse zu seiner Gültigkeit gemangelt hat. Ein Vermächtniß kann aber auch, obgleich es an sich gültig angeordnet war und deßhalb auch anfangs Gültigkeit hatte, doch noch hinterdrein ungültig werden. Letzteres ist namentlich die Folge einer jeden entschiedenen Willensänderung des Testirers, indem er auf irgend eine Weise, sei es in einem Testamente, oder in einem Codicille, oder sonst auf irgend eine Weise seine Absicht, daß das Vermächtniß widerrufen sein solle, bestimmt zu erkennen giebt. Dagegen hebt nicht schon eine jede Errichtung eines neuen Codicilles die, in einem früheren Codicille angeordneten Vermächtnisse schon an sich und in der Art auf, wie die Errichtung eines neuen Testamentes das ältere aufhebt. Denn es können sehr wohl mehrere, der Zeit nach verschiedene Codicille neben

[1]) S. weiter unten §. 234.

einander beſtehen.[1]) Auch iſt mit dem Widerrufe, mit der einfachen ademtio legati nicht zu verwechſeln die translatio legati, die Anordnung eines neuen Legates an die Stelle des bisherigen. Natürlich kann ein Vermächtniß auch noch dadurch in Wegfall kommen, daß der dazu Berufene es nicht erwerben kann, oder will.

Iſt, oder wird nun ein Vermächtniß ungültig, ſo iſt das in der Regel ein Gewinn für den damit Onerirten, indem er die vermachte Sache jetzt nicht zu entrichten braucht. Doch kann es unter Umſtänden zu einer ganz neuen Delation des weggefallenen Vermächtniſſes kommen, nämlich dann, wenn das Legat durch Hinwegfallen des dazu Berufenen ungültig wurde und dieſem Letzteren, gerade für dieſen Fall, von dem Teſtirer im Teſtamente, oder Codicille ein Anderer ſubſtituirt war, der an des Weggefallenen Stelle treten ſoll. Denn eine ſolche vulgaris substitutio iſt bei Vermächtniſſen eben ſo ſtatthaft, als bei Erbeseinſetzungen.

Es kann ferner da, wo eine Sache Mehreren zuſammen legirt worden iſt, zu einer Art von Adcreſcenzrecht kommen, wonach der durch das Wegfallen des einen Mitlegatares vacant werdende Theil der legirten Sache dem jetzt allein noch übrig bleibenden Mitlegatare, zu ſeinem bereits erworbenen Theile, noch hinzuwächſt. Doch geſchieht das nur ausnahmsweiſe, nämlich nur dann, wenn aus der Faſſung der Legate, der conjunctio der mehreren der Legatare, zu erſehen iſt, daß der Teſtirer ſelber ein ſolches Adcreſciren beabſichtigt hat. Das iſt der Fall, wenn der Teſtirer offenbar, bei der Anordnung der Legate, nur deßhalb dem Einen der mehreren Mitlegatare nicht die ganze Sache allein zuwendete, weil er auch zugleich dem beſtimmten Anderen, der jetzt weggefallen iſt, einen Theil davon zudachte, wo alſo der Anſpruch des übrig gebliebenen Legatares auf die ganze Sache nur durch die Concurrenz des Weggefallenen beſchränkt ſein ſollte. Nach älterem römiſchen Rechte konnte es freilich zu einem ſolchen jus adcrescendi collegatariorum nur bei einer, Mehreren zuſammen per vindicationem legirten Sache kommen. Auch war es durch die caducariſchen Geſetze ſonſt manchen Beſchränkungen unterworfen. Allein Juſtinian

[1]) S. oben §. 222.

hat, eine wahre conjunctio vorausgesetzt, alle diese ehemaligen Beschränkungen des Adcrescenzrechtes aufgehoben.

Ademtio legatorum, sive eodem testamento adimantur, sive codicillis, firma est, sive contrariis verbis fiat ademtio, veluti si, quod ita quis legaverit: do, lego, ita adimatur: non do, non lego, sive non contrariis, id est, aliis quibuscumque verbis.

Transferri quoque legatum ab alio ad alium potest, veluti si quis ita dixerit: hominem Stichum, quem Titio legavi, Sejo do, lego; sive in eodem testamento, sive in codicillis hoc fecerit. Quo casu simul Titio adimi videtur, et Sejo dari. Inst. lib. II. tit. 21.

Si duobus eadem res per vindicationem legata sit, si quidem disjunctim, singulis in solidum debetur; si vero conjunctim, velut: Titio et Sejo hominem Stichum do, lego, jure civili concursu partes fiebant, non concurrente altero, pars ejus alteri adcrescebat. Sed post legem Papiam Poppaeam non capientis pars caduca fit.

Si per damnationem eadem res duobus legata sit, siquidem conjunctim, singulis partes debentur, et non capientis pars in hereditate remanebat; nunc autem caduca fit. Quodsi disjunctim, singulis in solidum debetur. Ulpiani Fragm. tit. XXIV, §. 12 et 13.

Ubi autem legatarii, vel fideicommissarii duo forte, vel plures sunt, quibus aliquid relictum sit, siquidem hoc conjunctim relinquatur, et omnes veniant ad legatum, et pro sua portione quisque hoc habeat. Si vero pars quaedem ex his deficiat, sancimus, eam omnibus, si habere maluerint, pro virili portione cum omni suo onere adcrescere, vel, si omnes noluerint, tunc apud eos remanere, a quibus derelictum est. Justinianus in c. un. §. 11. C. VI, 51. de caducis tollendis.

Dritter Abschnitt.

Andere Successionen auf den Todesfall.

§. 231.

Einleitung.

Auch ohne daß man zum Erben eingesetzt, und ohne daß einem vom Erblasser ein Vermächtniß zugewendet worden ist, kann man zu einer Successionen auf den Todesfall gelangen. Doch haben alle diese Successionen insofern mit der Erbschaft

und mit Vermächtniſſen Aehnlichkeit, als ſie, den Umſtänden nach, bald eine per universitatem, bald eine singularis successio begründen. Ein gemeinſchaftlicher Name für ſie findet ſich in den Rechtsquellen nicht vor, außer der allgemeinen Bezeichnung: mortis causa capiones. Die Römer faſſen darunter zwar auch überhaupt allen Erwerb zuſammen, welchen Jemand bei Gelegenheit des Todes eines Anderen macht, ganz beſonders aber dann, wenn jener Erwerb keinen ſpeciellen, beſonderen Namen hat, alſo im Gegenſatze zu den Erbſchaften, Legaten und Fideicommiſſen.

Zwar nicht alle, aber doch die meiſten derſelben hängen, ihrer geſchichtlichen Entſtehung nach, zuſammen mit der, in ſo vielfacher Hinſicht wichtigen, lex Julia et Papia Poppaea, aus der Zeit von Auguſtus. Sie verfolgte, ihrer Tendenz nach, einen doppelten Zweck, theils den, Italien, das durch die langen bürgerlichen Kriege faſt ganz entvölkert war, wieder regelmäßig zu bevölkern, theils den, das erſchöpfte aerarium wieder zu bereichern. Wegen mancher in ihr enthaltenen Beſtimmungen, die den damaligen Römern verhaßt waren, fiel es dem Kaiſer Auguſtus ungewöhnlich ſchwer, den Antrag dazu in der Volksverſammlung durchzuſetzen.

Mortis causa capitur, cum propter mortem alicujus capiendi occasio obvenit, exceptis his capiendi figuris, quae proprio nomine appellantur. Certe enim et qui hereditario, aut legati, aut fideicommissi jure capit, ex morte alterius nanciscitur capiendi occasionem. Sed, quia proprio nomine hae species capiendi appellantur, ideo ab hac definitione separantur. Gaius in fr. 31. pr. D. XXXIX, 6. de mortis causa donatione.

§. 232.

Bona vacantia.

Cod. lib. X. tit. 10. de bonis vacantibus.

Auf einen erbloſen Nachlaß hatte urſprünglich der Staat gar keinen Anſpruch. Er galt vielmehr inſofern für eine res nullius, als Jeder daraus occupiren, wenigſtens pro herede uſucapiren [1]) konnte. Das war um ſo wichtiger, weil, nach der Strenge und Eigenthümlichkeit der älteren hereditas, quia

[1]) S. §. 237.

in legitimis hereditatibus non erat successio, sich der Fall von erbloſen Gütern ſehr oft ereignen mußte, ſelbſt wenn ganz nahe Verwandte und Angehörige des Verſtorbenen vorhanden waren.[1]) In einem ſolchen Falle gingen dann freilich, da es an einem successor per universitatem gänzlich mangelte, ſowohl die Forderungen, als die Schulden des Verſtorbenen unter. Doch mußte, wer auf dieſe Weiſe den größten Theil der zum Nachlaſſe gehörenden Sachen occupirt und uſucapirt hatte, die sacra privata des Verſtorbenen mit übernehmen und demnach fortſetzen. Die ſcheinbare Härte und Inconvenienz, welche in einer ſolchen Maaßregel lag, mag in der Anwendung dadurch weniger fühlbar geworden ſein, weil es wohl gewöhnlich die nächſten Anverwandten ſelbſt waren, welche die Occupationsgelegenheit hatten und benutzten. Auch wurden dergleichen Fälle erbloſer Güter ſeit der Ausbildung des prätoriſchen Erbrechtes, welches successio ordinum et graduum einführte, bedeutend ſeltener.

Erſt unter Auguſtus, durch die lex Julia et Papia Poppaea, (caducaria,) kam jenes allgemeine Occupationsrecht ab und dafür die Befugniß des Staates auf, die bona vacantia ſich anzueignen, ſie zu vindiciren, zu occupiren. Der Staat, d. h. in der erſten Zeit das aerarium, ſpäterhin der fiscus, iſt und heißt dann zwar nicht heres, Erbe, wird aber doch, in den meiſten Beziehungen, wie ein Erbe, jedenfalls als per universitatem successor behandelt. Seit Hadrian, vollends ſeit Conſtantin, Theodoſius II. und Valentinian III. erhielten ausnahmsweiſe die Legion, oder vexillatio, wenn von erbloſen Gütern eines Soldaten, eben ſo die Kirche, wenn von denen eines Geiſtlichen, und gewiſſe andere Corporationen, wenn von dem Nachlaſſe eines ihrer ohne Erben verſtorbenen Corporationsgliedes die Rede iſt, die beſondere Befugniß, ein ähnliches Vindicationsrecht noch vor dem fiscus geltend zu machen. Das Occupationsrecht des Fiscus und ſeiner Stellvertreter muß übrigens ausgeübt werden innerhalb vier Jahren, vom Eintritte der Erbloſigkeit an. Sonſt wird es ausgeſchloſſen durch die praescriptio quadriennii.

Macht nun auch der Fiscus auf die vacantia bona keinen

[1]) S. oben §. 205.

Anspruch, so können, nach dem Edicte des Prätors, die Creditoren des Verstorbenen eine missio in possessionem bonorum verlangen, um auf diese Weise den Concurs einzuleiten.

Si nemo sit, ad quem bonorum possessio pertinere possit, aut sit quidem, sed jus suum omiserit, populo bona deferuntur, ex lege Julia caducaria. Ulpian. Fragm. XXVII. §. 7.

§. 233.

Das caducum.

Cod. lib. VI. tit. 51. de caducis tollendis. — Cod. lib. VIII. tit. 58. de infirmandis poenis coelibatus et orbitatis et de decimariis sublatis.

Der Name und Begriff des caducum kam auf erst durch die lex Julia et Papia Poppaea, welche auch, zunächst von den vielen sich darauf beziehenden Bestimmungen, den Beinamen lex caducaria erhalten hat. Auf das Recht, welches vorher gegolten, bezieht sich dann, im Gegensatze davon, der Ausdruck: jus antiquum.

Im weiteren Sinne bezeichnet das Wort caducum alles Erbvermögen, sowohl Erbportion, als Vermächtniß, was, nach der lex Julia, derjenige, dem es durch testamentarische Verfügung, auf eine nach älterem Civilrechte, jure antiquo, gültige Weise zugewendet worden ist, aus irgend einem, von dem Willen des Testirers unabhängigen Grunde, nicht erwirbt, oder nicht erwerben kann. Cadit ab eo. Im engeren Sinne aber heißt caducum nur dasjenige vom Nachlasse, was der dazu Berufene nicht erwirbt, aus einem Grunde, der erst nach des Testirers Tode, in der Zwischenzeit bis zur Eröffnung des Testamentes, eintritt. Tritt dagegen der Grund schon vor dem Tode des Testirers ein, so heißt, was dadurch unerworben bleibt, in causa caduci. Was gleich vom Anfange an ungültig hinterlassen worden ist, gehört gar nicht zum caducum.

Unter jenen weiteren Begriff des caducum fällt namentlich eine jede testamentarische Erbschaft und ein jedes Vermächtniß, das einem coelebs, d. h. einer unverheiratheten, mündigen Mannsperson, die noch nicht sechzig, einer unverheiratheten, mündigen Frauensperson, die noch nicht fünfzig Jahre alt ist, zugedacht worden, falls sie nicht noch innerhalb der 100 Tage, dies cretionis, heirathen. Es kann ferner derjenige, welcher orbus, heirathsfähig, aber kinderlos ist, nur die Hälfte von demjenigen

erwerben, was ihm im Testamente eines Fremden zugewendet wird. Was er davon nicht erwerben kann, ist caducum. Es sollen sich außerdem Ehegatten, welche keine Kinder haben, nur gewisse Zehntheile ihres Nachlasses im Testamente zuwenden dürfen. Was darüber, gilt für caducum. Dasselbe Schicksal hat endlich auch alles dasjenige, was in einem Testamente zwar anfangs gültig angeordnet war, aber nach des Testirers Tode, in der Zwischenzeit bis zur Eröffnung des Testamentes, ungültig wird.

Was nun so caducum wurde, konnte vorerst von den im Testamente eingesetzten Erben, welche Kinder hatten, in deren Ermangelung von den Legatarien, welche Kinder hatten, vindicirt werden. Außerdem trat eigentlich das Vindicationsrecht des aerarium, späterhin des fiscus ein, ja, wie es scheint, seit Caracalla, auch ohne jene erwähnte Beschränkung. Dagegen erhielt sich eine andere, ebenfalls schon in der lex Papia selbst enthaltene Milderung des Caducitätsfalles. Es sollten nämlich gewisse, in dieser Beziehung privilegirte Angehörige des Testirers, die im Testamente instituirten Descendenten und Ascendenten bis zum dritten Grade befugt sein, ihr Adcrescenzrecht, das sie schon vor der lex Julia gehabt hatten, auch in Rücksicht desjenigen, was eigentlich caducum war, geltend zu machen, und demgemäß dem aerarium, bei der Vindication der caduca, vorgehen. Sie hatten das Jus antiquum in caducis. Uebrigens konnte auch der Eintritt eines zu befürchtenden Caducitätsfalles von dem Testirer selbst sehr leicht ausgeschlossen werden, durch die, der Erbeseinsetzung, oder Legatsanordnung beigefügte Vulgarsubstitution.

Die durch Caducität begründete Successsion war bei einer Erbportion eine per universitatem successio, bei Vermächtnissen eine Singularsuccession.

Allmählig wurde die Strenge der Caducität gemildert. Dahin gehört schon seit Trajan die Bestimmung, daß der Erbunfähige, wenn er sich selber zeitig dem aerarium angiebt, deferirt, zur Belohnung die Hälfte des Verwirkten, welche dem Angeber gesetzlich bestimmt ist, selber behalten darf. Allein schon unter Constantin wurden überhaupt die Fälle des caducum dadurch bedeutend vermindert, daß der coelebs und orbus vollständige Erbfähigkeit erhielten. Justinian endlich hob

die ganze Caducität mit allen ihren Folgen auf, ſtellte alſo vollſtändig das jus antiquum in caducis wieder her.

Quod quis sibi testamento relictum, ita ut jure civili capere possit, aliqua ex causa non ceperit, caducum appellatur; veluti cecidit ab eo. Verbi gratia, si coelibi, vel Latino Juniano legatum fuerit, nec intra dies centum vel coelebs legi paruerit, vel Latinus jus Quiritium consecutus sit; aut si ex parte heres scriptus, vel legatarius ante apertas tabulas decesserit, vel pereger factus sit.

Hodie ex constitutione Imperatoris Antonini omnia caduca fisco vindicantur, sed servato jure antiquo liberis et parentibus.

Caduca cum suo onere fiunt. Ulpiani Fragm. tit. VII. §. 1—3.

Item liberis et parentibus testatoris usque ad tertium gradum lex Papia jus antiquum dedit, ut, heredibus illis institutis, quod quis ex eo testamento non capit, ad hos pertineat, aut totum, aut ex parte, prout pertinere possit. Ulpiani Fragm. tit. VIII.

Quamvis prima causa sit in caducis vindicandis heredum liberos habentium, deinde, si heredes liberos non habeant, legatariorum liberos habentium, tamen ipsa lege Papia significatur, ut collegatarius conjunctus, si liberos habeat, potior sit heredibus, etiamsi liberos habebunt. Gai. Comm. II. §. 207.

Jus patrum non minuitur, si se is deferat, qui solidum id, quod relictum est, capere non potest, sane si ante diem centesimum patres caducum vindicent. Fragm. de jure fisci, §. 3.

§. 234.

Das erepticium.

Dig. lib. XXIX. tit. 5. de senatusconsulto Silaniano et Claudiano, quorum testamenta ne aperiantur. tit. 6. si quis aliquem testari prohibuerit, vel coëgerit. — Dig. lib. XXXIV. tit. 9. de his, quae ut indignis auferuntur. — Dig. lib. XLIX. tit. 14. de jure fisci. — Cod. lib. VI. tit. 34. si quis aliquem testari prohibuerit, vel coëgerit. tit. 35. de his, quibus ut indignis hereditates auferuntur et ad senatusconsultum Silanianum.

Dieſelbe lex Julia, welche den Begriff des caducum aufbrachte, führte, als eine beſondere Succeſſion auf den Todesfall, auch das ſ. g. erepticium, oder ereptorium, ein. Spätere Geſetze haben dann darauf weiter fortgebaut, und auf dieſe Weiſe hat ſich die Lehre von der Indignität vollſtändiger ausgebildet.

Wer nach den allgemeinen Grundſätzen des römiſchen Rech-

tes vollkommen succeſſionsfähig iſt, dem kann ſowohl eine Erbſchaft, als ein Vermächtniß mit Wirkſamkeit deferirt werden. Er kann ſie auch an und für ſich adquiriren. Dennoch ſoll ihm für gewiſſe Fälle dieſes nicht zu Gute kommen, weil die Geſetze ihn für indignus, d. h. für unwürdig erklären, dergleichen Succeſſionsvortheile zu erhalten, oder zu behalten. Hat nämlich der Succeſſionsberechtigte ſich gewiſſe Schlechtigkeiten, oder wenigſtens Unfertigkeiten, beſonders in ſeinem Verhältniſſe zu dem Erblaſſer, zu Schulden kommen laſſen, ſo ſollen aus dieſem Grunde gewiſſe Perſonen befugt ſein, ihm die ihm an ſich gebührende Erbſchaft, oder das ihm zugedachte Vermächtniß zu entreißen. Indigno hereditas vel legatum eripitur, aufertur. Dieſe ereptio muß ſich der indignus eben ſo gut nach, als vor der Erwerbung des ihm Zugedachten gefallen laſſen, und im erſteren Falle kann ihm das noch ganz beſondere Nachtheile bringen. Der zur Ereption Berechtigte iſt, den Umſtänden nach, bald das aerarium, der fiscus, bald der Miterbe des Unwürdigen, bald der Onerirte, bald endlich ſind es die Inteſtaterben. Ein Beiſpiel liefert die ſchon oben erwähnte geſetzliche Beſtimmung, daß dem Erben, oder Vermächtnißnehmer, wenn er die ihm gültig auferlegten Vermächtniſſe, trotz dem richterlichen an ihn deßhalb ergangenen Befehle, ſchuldvoll nicht entrichtet, alles ihm aus dieſem Nachlaſſe Zugedachte entriſſen werden ſoll. Dahin gehört ferner das fideicommissum tacitum. Denn, wer in fraudem legis, ein Vermächtniß an einen Erbunfähigen heimlich übernimmt, ſoll das dem Unfähigen Zugedachte nicht ſelber behalten, indem es ihm vielmehr, als einem Unwürdigen, von dem fiscus entriſſen wird.

Es iſt übrigens dieſe ganze, durch Ereption herbeigeführte Succeſſion auf den Todesfall, welche ſich auch noch im neueſten Juſtinianeiſchen Rechte erhalten hat, den Umſtänden nach, bald eine per universitatem, bald eine bloße singularis successio. Erſteres, wenn eine Erbſchaft, letzteres, wenn ein Vermächtniß wegen Indignität entriſſen wird.

Lege nobis adquiritur, velut caducum, vel erepticium (?) ex lege Papia Poppaea. Ulpiani Fragm. tit. XIX. §. 17.

Si quis in fraudem tacitam fidem accommodaverit, ut non capienti fideicommissum restituat, nec quadrantem eum deducere

senatus censuit, nec caducam vindicare ex eo testamento, si liberos habeat.

Quae autem antiquis legibus dicta sunt de his, quae ut indignis auferuntur, et nos simili modo intacta servamus; sive in nostrum fiscum, sive in alias personas perveniant. Justinianus in c. un. §. 12. C. VI, 51. de caducis tollendis.

§. 235.

Addictio bonorum libertatum servandarum causa.

Inst. lib. III. tit. 12. de eo, cui libertatis causa bona addicuntur.

Hat der Erblaſſer im Teſtamente, durch Legat oder Fideicommiß, Sclaven freigelaſſen, und will, oder kann keiner der inſtituirten Erben die Erbſchaft erwerben, ſo ſoll, nach einem Reſcripte von Marc Aurel, einem jener im Teſtamente freigelaſſenen Sclaven, oder ſonſt einem Dritten, inſofern er Caution leiſtet, daß er die Schulden bezahlen und die Freilaſſungen aufrecht erhalten wolle, auf ſein Verlangen die Erbſchaft zugeſchlagen, addicirt werden. Urſprünglich ging das nur auf teſtamentariſche Erbſchaften, wurde aber ſpäterhin auch auf Inteſtaterbſchaften ausgedehnt, wenn in Codicillen Freilaſſungen angeordnet waren. Der Zweck iſt Aufrechthaltung der teſtamentariſchen Manumiſſionen, welche ſonſt, mit dem Teſtamente ſelbſt, unwirkſam geworden wären. Die dadurch begründete Succeſſion iſt natürlich eine per universitatem successio.

Accessit novus casus successionis ex constitutione Divi Marci. Nam, si ii, qui libertatem acceperunt a domino in testamento, ex quo non aditur hereditas, velint bona sibi addici libertatum conservandarum causa, audiuntur.

Inprimis hoc rescriptum toties locum habet, quoties testamento libertates datae sunt. Quid ergo, si quis intestatus decedens codicillis libertates dederit, neque adita sit ab intestato hereditas? an favor constitutionis debebit locum habere? Certe, si intestatus decesserit et codicillis dederit libertatem, competere eam, nemini dubium est. Pr. et §. 3. Inst. III, 12. de eo, cui libertatis causa bona addicuntur.

§. 236.

In jure cessio der hereditas.

Dig. lib. XVIII. tit. 4. de hereditate, vel actione vendita. — Cod. lib. IV. tit. 39. de hereditate, vel actione vendita.

Schon oben wurde bemerkt, daß es, nach dem älteren Rechte, dem legitimus heres geſtattet war, vor der Erwerbung die

ihm deferirte Erbschaft an einen Anderen zu cediren. Dadurch wurde dann für jenen Anderen eine Art neuer Delation begründet, und derselbe durch Antretung förmlicher Erbe.[1]) Der suus heres, weil er schon ipso jure die Erbschaft erwarb, konnte natürlich eine solche in jure cessio nicht vornehmen. Auch galt alles dieses nur für die Intestaterbfolge.

Nach der Erwerbung der Erbschaft war zwar ebenfalls ein in jure Cediren derselben, von Seiten des Erben, ermochte nun ex testamento, oder ab intestato berufen gewesen sein, erlaubt und möglich. Es begründete das aber keine neue Delation; der Cedent blieb vielmehr, als heres, den Erbschaftsgläubigern allein verhaftet, während die Erbschaftsschuldner liberirt wurden. Nur die corpora hereditaria erwarb der Cessionar zum Eigenthume. Vor der Antretung hatte eine solche cessio gar keine Wirkung.

Im neueren römischen Rechte kann so etwas, seit dem Verschwinden der in jure cessio überhaupt, schon an sich gar nicht mehr vorkommen. Deßhalb ist damit nicht zu verwechseln der, auch noch im neuesten römischen Rechte mögliche Fall einer gewöhnlichen Veräußerung, venditio der Erbschaft, nach ihrer Erwerbung, von Seiten des Erben. Auch dadurch wird freilich nie eine per universitatem successio begründet. Vielmehr bleibt der Verkäufer immer noch, da er ein Mal Erbe geworden ist, Erbe und, als solcher, den Erbschaftsgläubigern verhaftet, so wie er auch selber die Erbschaftsforderungen behält. Da indessen der Verkäufer contractmäßig verpflichtet ist, nicht blos die körperlichen Erbschaftssachen auf den Käufer zu übertragen, sondern auch den Vortheil aus den Erbschaftsforderungen, so wie umgekehrt der Käufer verpflichtet ist, die Lasten und Kosten der Erbschaft dem Verkäufer abzunehmen, so werden, um dieses künstlich zu bewerkstelligen, zwischen ihnen stipulationes partis et pro parte abgeschlossen, in derselben Art, wie sie bei der partitio legata vorkommen.[2])

Si is, ad quem ab intestato legitimo jure pertinet hereditas, in jure eam alii ante aditionem cedat, id est, antequam heres extiterit, perinde fit heres is, cui in jure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset. Post aditionem vero si

[1]) S. oben §. 205.
[2]) S. oben §. 226.

cesserit, nihilo minus ipse heres permanet et ob id creditoribus tenebitur, debita vero pereunt, eoque modo debitores hereditarii lucrum faciunt; corpora vero ejus hereditatis perinde transeunt ad eum, cui cessa est hereditas, ac si ei singula in jure cessa fuissent.

Testamento autem scriptus heres ante aditam quidem hereditatem in jure cedendo eam nihil agit; postea vero, quam adierit, si cedat, ea accidunt, quae proxime diximus de eo, ad quem ab intestato legitimo jure pertinet hereditas, si post aditionem in jure cedat. Gaii Comm. II. §. 35 et 36.

§. 237.

Usucapio pro herede.

Nach dem älteren römiſchen Rechte konnte Jemand, wenn er nur ſonſt Erbfähigkeit und namentlich die teſtamentariſche Erbfähigkeit hatte, eine ihm gar nicht deferirte Erbſchaft dadurch erwerben, daß er ſich ihrer, bevor ein Anderer ſie, nach ihrer Eröffnung, als Erbe in Beſitz genommen, bemächtigte und ſie ein Jahr lang ungeſtört fortbeſaß. Usucapio pro herede. Nicht einzelne körperliche Erbſchaftsſachen, res hereditariae, corpora hereditaria, waren es, die man auf dieſe Weiſe uſucapiren konnte, ſondern wirklich die ganze Erbſchaft, als ſolche, das Erbrecht ſelbſt, ipsa hereditas. Daher gingen auch, mit der uſucapirten hereditas, die sacra privata auf den Erſitzenden über. Eines justus titulus bedurfte es dazu eben ſo wenig, als der bona fides, um auf dieſe Weiſe dem Erben die Erbſchaft zu entziehen. Daher der Name improba, lucrativa usucapio. Der Zweck dieſes Rechtsinſtitutes war ein mehrfacher. Denn, es ſollte dadurch vorerſt für die vielen Fälle geſorgt werden, in welchen, nach dem älteren römiſchen Civilrechte, es überhaupt an berufenen Erben mangelte, und wo die Erbſchaften als erblos erſchienen. Sodann lag darin auch wohl ein Mittel, den berufenen Erben, im Intereſſe der Erbſchaftsgläubiger, zur ſchleunigeren Antretung der Erbſchaft indirect zu nöthigen. Endlich wirkte auch wohl mit die Sorge für die Erhaltung der ſonſt nicht ſelten gefährdeten sacra privata.

Allein mancherlei Umſtände, namentlich die Ausbildung der bonorum possessio, in Verbindung mit einem Senatusconſultum unter Hadrian,[1]) trugen dazu bei, der ganzen usucapio

[1]) S. oben §. 217.

pro herede, als überflüssig und sogar als schädlich, ein Ende zu machen. Eine allerdings im Justinianischen Rechte noch vorhandene usucapio pro herede, welche nur einzelne Erbschaftssachen zum Gegenstande und überhaupt eine ganz andere Bedeutung hat, ist damit nicht zu verwechseln.

Rursus ex contrario accidit, ut, qui sciat, alienam rem se possidere, usu capiat; veluti si rem hereditariam, cujus possessionem heres nondum nactus est, aliquis possederit. Nam ei concessum est, usucapere, si modo ea res est, quae recipit usucapionem. Quae species possessionis et usucapionis pro herede vocatur.

Qua re autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod voluerunt veteres, maturius hereditates adiri, ut essent, qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit, et ut creditores haberent, a quo suum consequerentur. Haec autem species possessionis etiam lucrativa vocatur; nam sciens quisque rem alienam lucri facit. Sed hoc tempore etiam non est lucrativa.

Nam ex auctoritate Hadriani senatusconsultum factum est, ut tales usucapiones revocarentur; et ideo potest heres ab eo, qui rem usucepit, hereditatem petendo perinde eam rem consequi, atque si usucapta non esset. Gai. Comm. II. §. 52. 53. 55. 57.

Register.

Die Zahlen weisen auf die Seiten.

A.

Abdicatio tutelae 406.
Absentes 242.
Absetzung des Vormunds 406.
Absolvere 158.
Abstinere ab hereditate paterna 530.
Acceptation des Versprechens 313.
Acceptilatio 333. 387.
Accessio 235.
Accursius 100.
Actio 142 f. vergl. Klage und judicium.
— civilis in factum 325.
— commodati 321.
— communi dividundo 357.
— conducti 344.
— confessoria 267 f.
— contraria 319.
— de constituta pecunia 351.
— de dejectis et effusis 370.
— de in rem verso 304.
— de liberis agnoscendis et alendis 421.
— de partu agnoscendo 421.
— de peculio 304.
— de positis et suspensis 371.
— de superficie 273.
— de uxore exhibenda et ducenda 404.
— depositi 322.
— directa 319.
— emti 340.
— ex stipulatu 330. 342. 409.
— exercitoria 304.
— familiae herciscundae 357.
— finium regundorum 357.
— furti 362.
— hypothecaria 276. 281.
— in judicem qui litem suam fecerit 370.
— injuriarum aestimatoria 368.
Actio institoria und quasi inst. 304.
— judicati 160.
— legis Aquiliae 365 f.
— legis Corneliae 368.
— locati 344.
— mandati 347.
— mutui 321.
— negatoria s. negativa 249. 268.
— negotiorum gestorum 356.
— personalis ex testamento 565.
— pigneratitia 323.
— praescriptis verbis 325.
— pro socio 346. 357.
— publiciana in rem 224 f. 251.
— bei Servituten 267.
— quanti minoris 342.
— quod jussu 304.
— rationibus distrahendis 462.
— redhibitoria 342.
— rei uxoriae 409.
— rerum amotarum 405.
— serviana und quasi serviana 276. 281.
— tutelae (directa und contraria) 356.
— venditi 341.
— vi bonorum raptorum 364.
Actionem dare 136. mandare 305.
Actiones 54. 142 f.
— adjectitiae qualitatis 304.
— aediliciae 146.
— arbitrariae u. non arb. 147.
— bonae fidei u. stricti juris 146. 147.
— civiles 146.
— contrariae 319.
— directae 146. 319.
— fictitiae 146.
— honorariae 146.
— in factum 148.
— in factum conceptae 148.
— in personam 144.
— in rem 143.

Actiones mixtae 360.
— noxales 371.
— perpetuae 156.
— personales 144.
— poenae persecutoriae 360.
— praejudiciales 149. 171.
— praescriptis verbis 148.
— praetoriae 146.
— rei persecutoriae 360.
— stricti juris 147.
— temporales 156.
— utiles 146. 376.
— vulgares 148.
Actor 142.
Actus (servitus) 259.
Adcrescere 528. 543. 567.
Addictio 219.
— bonorum, libertatum servandarum causa 575 f.
Addictus 380.
Ademtio legati 567.
Aditio hereditatis ſ. hereditas.
Adjectus solutionis causa 376.
Adjudicatio 140. 233 f.
Adjudicatus 380.
Adnotationes 61.
Adoptio 439. minus plena 441. ad. eines Frauenzimmes 441.
Adquisitio hereditatis 525 f. ipso jure 229 f.
Adquisitiones civiles et naturales 218. 225. per universitatem et singularum rerum 219. 244.
Adscribere sibi aliquid 497.
Adscriptitii 181.
Adstipulator 330.
Adstringere 289.
Adventitia dos ſ. dos.
Adventitium peculium ſ. peculium.
Adulterium 395.
Aediles 47.
Aemterverfaſſung im römiſchen Reiche unter K. Konſtantin verändert 73.
Aequitas 49. 302.
Aerarium 178. 570 f.
Aes et libra 221. 317. 374.
Affectio maritalis 393. 395.
Affinität 195.
Ager emphyteuticarius 270.
— patrimonialis 270.
— publicus 218.
— vectigalis 270.
Agnati 193. deren Succeſſion 509.
Agnitio der bon. possessio 485. 527.
— legati 564.
Agri arcifinii 235.
— limitati 235.
Album judicum 137.
Alibi 329.
Alieniren 212.
Alimentiren 404.
Alluvio 235.
Alterum tantum 299.
Alveus derelictus 235.
Amicos (inter) manumissio 183.
Anatocismus 299.
Anastasiana emancipatio 446.
Ancilla 182.
Animus, donandi 352.
— injuriandi 367.
— possidendi 214.
— novandi 386.
Antichresis 282.
Antipherna 412.
Antretung der Erbſchaft 526 f. auch hered. aditio.
Anwachſungsrecht unter Miterben 542. unter Mitlegataren 567.
Apostata 192.
Apparatus 100.
Appellatio 160.
Aquae et ignis interdictio 188.
Aquaeductus 259.
Arbiter 137.
Arbitrium 147.
Arrha sponsalitia 401. 412.
Arrogatio 439.
Ascendentes 198. ihre Succeſſion 514.
Atejus Capito 68.
Athanaſius 96.
Auctor 232. 460.
Auctoritas 48. 53. 240. tutoris 451. 461.
Augusti 58.
Auguſtus 56.
Authenticae, Justinianeae, Fridericianae, ordinariae, extraordinariae s. extravagantes 100 f.
Authenticum s. liber authenticorum 100.
Auxilium divisionis 309.

B.

Bartholiſten 105.
Baſiliken 97.
Baſilius Macedo 97.
Bauen 235.
Bedingungen 127. 314. bei Erbeseinſetzungen 500. bei Vermächtniſſen 553.
Beneficium abstinendi 530.
— deliberandi 527. 534.
— divisionis 309.
— excussionis 334.

Beneficium inventarii 534. 535.
Besitz 213 f. als höchstpersönliches Verhältniß 477. Vergl. auch possessio.
Besitzen pro herede und pro possessore 537.
Besses usurae 298.
Betrug 314.
Beute 230.
Bevollmächtigungscontract s. mandatum.
Beweisführung 152 f.
Bischofswürde 444.
Bona 203. 417.
Bona materna et materni generis 433.
— paraphernalia s. receptitia 413.
— quae patri non adquiruntur 433.
— vacantia 544. 569.
Bona fides 146. bei der usucapio 240.
Bona gratia divortium 414.
Bonae fidei contractus 339. 350.
— negotia 298.
— possessor 241. s. auch possessio.
Bonis cedere 381.
Bonorum possessio im Gegensatze zur hereditas 481 f.
— contra tabulas 484. 517. 519.
— cum re et sine re 485. 532.
— decretalis 483.
— edictalis 483.
— intestati 484. 511.
— quibus ex legibus 484.
— secundum tabulas 484. 494. 507. 519.
Bonorum venditio s. proscriptio.
Brachylogus juris civilis 99.
Breviarium Alaricianum 82.
Bulgarus 104.
Bürgerliche Ehre 190.

C.

Caducum 222. 571. in causa caduci 525. 571.
Caesares 58.
Calata comitia 493.
Calumnia 164.
Canon 272.
Canones sanctorum apostolorum 115.
Canonisches Recht 7. 99.
Capio, mortis causa 569.
Capio pignoris s. pignoris capio.
Capita edicti 19.
Capital bei Zinsen 297.
Capitis deminutio maxima 169. 245. 443.
— media 171. 246.
— minima 170. 246. 441. 443.
Caput 169. 297.
— liberum 171.
— noxium 371.
Cassiani 69.
Castraten 397.
Casus 106. 292.
Catoniana regula s. regula.
Caupo 371.
Causa omnis 249. 341.
— dispar 383.
— eadem 383.
— erroris 435.
— perpetua s. perpetua.
Causae civiles 317.
— probatio 436.
Cautio 163. 336. 337. bei Stipulationen 328.
— judicatum solvi 164. 219. not.
— rem pupilli salvam fore 463.
— usufructuaria 263.
Cavere 52.
Censiti 181.
Censoren und ihre Rügen 190.
Census 181.
Census manumissio 183.
Centumvirale judicium 136.
Centuriata comitia 41.
Certum 290. 329.
Cessio bonorum 381.
— in jure 220. bei der hereditas 509. 575. bei Servituten 264.
Chirographa 336.
Christliche Religion, als Staatsreligion im röm. Reiche 74.
Citirarten des röm. Rechtes und seiner Quellen 120.
Citirgesetz Valentinian's III. 76. f.
Civil- und Naturalobligationen 301.
Civilproceß 134.
Civiles causae s. causae.
Clam 265.
Classen bei der Intestaterbfolge s. ordines.
Civitas 187 f.
Clausulae edicti (novae) 49.
Codex constitutionum 78 f. 83 f.
— juris antiqui enucleati 90.
— Gregorianus 79.
— Hermogenianus 79.
— repetitae praelectionis 84. 114.
— Theodosianus 79.
— vetus 84.
Codices accepti et expensi 337.
Codicillarclausel 551.
Codicillardispositionen 499.
Codicilli 499. 549. ihre Form 550.
— testamento confirmati 550.
Coëmtio 399.

Coëmtio fiduciae causa 469.
Coelebs 571 f.
Coelibatus 419.
Cognati 193. 509 f.
Cognitio extraordinaria 137.
Cognitores 138.
Coheredes f. Miterben.
Collaterales f. Seitenverwandte.
Collatio bonorum 541 f.
— dotis 541.
— emancipati 541.
— legum mosaicarum et romanarum 80.
Collation der Novellen 119. 120.
Colliſion der Pfandgläubiger 283.
Colonatus 181.
Colonus 181. 343.
Comitia calata 493.
— centuriata 41.
— tributa 41.
Commercii jus 187.
Commercium 188. 207.
Commodatum 320.
Communi dividundo judicium 357.
Communio 356. 539.
Communis opinio 106.
Compensatio 382 f.
Competenz 134.
Concepta verba 144.
Concubinatus 395 f. 437.
Concurs 381.
Condemnare 158.
Condemnatio 140.
— in id quod facere potest debitor 377.
Condictio 139 f. 144.
— certi ex mutuo 321.
— certi ex stipulatu 330.
— furtiva 362.
— indebiti 357.
— ob causam datorum 326.
Conditiones 127. f. auch Bedingungen 314.
Confessio in jure 154 f 162.
Confessoria actio f. actio.
Confusio 266. 389. 535.
Conjuncti 543. 567.
Connubii jus 187.
Connubium 188. 396. 398 f. 414.
Consanguineae 510.
Conſenſualcontracte 339 f.
Consensus civium utentium 8.
Consensus bei Verträgen 314. 318. 339.
— contrarius 388.
— nuptialis 393.
— facit nuptias 399.
Consilia judicum 136.
Consiliatores 105.
Consilium principis 68.
Consistorium principis 68.
Consortium totius vitae 402.
Conſtantin und ſeine Regierung 73 f.
Conſtantinopel als Sitz der Regierung 73.
Constantinus Porphyrogeneta 97.
Consuetudo 9.
Consulares 63.
Consules 26.
Constitutiones principum 60 f.
— personales, ad omnes 61.
Constitutum 351.
Consultatio de pactis 80.
Consumtio der Früchte 239.
— existimationis 190.
Contestari 151.
Contra naturam sui generis 371.
Contractsſyſtem, urſprüngliches 320.
— erweitertes 349.
Contractus 289. 312. 315.
— emphyteuticarius 271. 316.
— nominum 337.
— pigneratitius 278. 323.
— re innominati 325.
Contractsklagen 319.
Contrahere 289.
Contraria actio 320.
Contravindicatio 219. not. 1.
Controverſen 87. 106.
Contubernium 396.
Contumacia 296.
Contumelia 367.
Conventio in manum mariti 393. 403.
Conventionalzinſen 298. 321.
Conventiones 312.
Convivium (per) manumissio 183.
Corpora 178.
Corporationen 178.
Corpus s. factum 219.
Corpus Gregoriani, Hermogeniani f. codex.
Corpus juris civilis 113. Ausgaben deſſelben 115 f. Ausgaben und Handſchriften der einzelnen Theile deſſelben 117 f. Anhänge deſſelben 115.
Correalobligationen 309.
Correi promittendi et stipulandi 309.
Creditor 278. 321.
— potior, prior 284.
Creditum 321.
Cretio 526.
Crimen 359.
Cujacius Jac. 108.
Culpa 293 f.

Culpa lata, levis, omnis 295 f.
Cura 451. 470 f.
— dativa 472.
— furiosorum, minorum, prodigorum 470.
Curator f. cura.
Curator bonorum 380.
Custodes partus 421.

D.

Damnatio als Legatsform 547.
Damnum 293. 362.
— decidere 362.
— praestare 290.
— injuria datum 295. 365.
Dare 290. 326. 328.
Dahrlehnscontract 321 f.
Datio dotis 407.
— in solutum 377.
Debitor 321.
Debitum legatum 558.
Decemviri legibus scribendis 30.
— litibus judicandis 136.
Decisiones quinquaginta 84.
Decreta 60. im Gegensatze der Interdicte 145.
Decret, wodurch dem Vormunde die Veräußerung von Mündelsachen gestattet wird 462.
Decretum Divi Marci 133.
Dedititii 189.
Defensio 448.
Defensores 138.
Definitiones 69.
Delatio hereditatis 479. 489. 505.
— tutelae et curae 451. 470.
Delibatio hereditatis 545. 559.
Deliberare f. benef. deliberandi.
Delictsklagen 360.
Delictum 359.
— privatum 359.
— publicum 359.
Demonstratio 141.
Deportatio 188.
Depositum 320. 322. 384.
Derelinquere 247.
Descendentes 198. 514.
Destitutum testamentum 506.
Dictio dotis f. dotis dictio.
Diebstahl 362.
Diebesklagen unter Ehegatten verboten 404.
Dies 124. 314. Quod sine die debetur statim debetur 378.
— legati cedit et venit 564. 565.
Digesta 70 f. Pandectae 90.
Digestum vetus, infortiatum, novum 114.
Dignitas 189.
Diligentia 294 f.
Dinge im Gegensatze von eigentlichen Sachen 204.
Directa actio 319.
Dispensation 397.
Dispositionen, physische und juristische 208.
Disputatio fori 55.
Dissensus mutuus 388.
Divisio f. auxilium divisionis.
Divisorium judicium 234. 357.
Divortium 414.
Diuturnus usus f. usus.
Documenta 152.
Δωδεκάδελτος 31.
Dolus 293. als Betrug 314.
Domicilium 402.
Dominium f. Eigenthum.
— ex jure Quiritium 218.
Dominus emphyteuseos 272.
Donatio 351. ist dem Vormunde verboten 462.
— ante und propter nuptias 401. 412.
— inter virum et uxorem 354. 404.
— inter vivos u. mortis causa 354. 562.
Dos, profectitia, adventitia, receptitia 407 f.
Dotis datio, promissio 407.
— dictio 407.
Duplicatio 157.
Dupondii 95. not. 2.

E.

Ecclesiis (in) manumissio 183.
Edicta magistratuum 45 f. 62. 74.
— nova, perpetua, repentina, tralaticia 48.
— principum 60.
Edictales 95. not. 2.
Edictum aedilicium, praetorium, urbanum, peregrinum, provinciale 49.
— Hadriani 538.
— Theodorici 82.
— perpetuum 64.
— successorium 483.
— unde liberi, unde legitimi, unde cognati, unde vir et uxor 511. 515.
Ehe 392. Eingehung derselben 398. Auflösung derselben 414 f.

Ehe nach dem jus gentium 392.
— zweite, oder fernere 418.
Ehegatten 402.
Ehehinderniſſe ſ. connubium.
Eheloſigkeit 419.
Eheverlöbniſſe ſ. sponsalia.
Eheverträge ſ. pacta nuptialia.
Ehre, bürgerliche, ſ. existimatio.
Eid 152.
Eigenthum 211 f. Geſchichte deſſelben 211 f. Erwerbung deſſelben 228. Verluſt und Ende deſſelben 247. Schutz deſſelben 248. f.
— bonitariſches, quiritariſches 218. u. 224.
Einrede ſ. exceptio.
Ἐκλογὴ τῶν νόμων 96.
Elementa 69.
Elternverhältniß 420 f.
Emancipatio 446 f.
Emancipati collatio ſ. collatio.
Emblemata Triboniani 88.
Embryo 172.
Emponemata 272.
Emtio venditio 340 f.
— sub corona 220.
Emphyteusis 270 f.
Enchiridia 70.
Enterbung ſ. exheredatio.
Epilogus 94.
Epistolae 61. per epistolam manumissio 183.
Epitome Novellarum von Julianus 96.
Erbe, als Repräſentant des Erblaſſers 532.
Erbeutung 230.
Erbfähigkeit 508.
Erbfolge 476.
Erbpacht 270.
Erbſchaft 476. Delation derſelben 480. Adquiſition derſelben 525. Ausſchlagung derſ. 528. ſ. auch hereditas.
Erbſchaftsgläubiger 533.
Erbſchaftsſchulden 533 f.
Erbſchaftsſteuer 538.
Erbtheilung 539.
Erbvertrag 489.
Ereptitium 222. 573 f.
Erlaſſungsverträge 386.
Eröffnung der Teſtamente 497.
Error 314.
Erſitzung 239. der Servituten 265.
Erziehung der Kinder 421.
Ethik 2.
Evictio 341.
Exaequatio juris 29. 33.
Exceptae personae ſ. personae.
Exceptio 153 f. 249. 302. ſ. auch praescriptio.
— pacti s. doli 388.
— non numeratae pecuniae 337.
— rei venditae et traditae 225. 249.
— temporis, triginta annorum 156.
Exceptiones perpetuae s. peremtoriae, temporales s. dilatoriae 156.
Excerpte röm. juriſt. Werke, aus welchen die Pandekten zuſammengeſetzt ſind 87.
Excusationes tutorum 459. curatorum 473.
Execution 160. 379.
Executores 143.
Existimatio 189 f. ihre consumtio u. minutio 190.
Exheredatio 518. geſetzliche Gründe dazu nach der Novelle 115. 523.
Expellere emphyteutam 272.
Expromissio 334. 385.
Extranei heredes 530.

F.

Facere 290. 326.
Fama 189.
Familia 169. 192. defuncti 477.
Familiae emtor 494.
Familiae herciscundae judicium ſ. judicium.
Familienrath 425.
Familienrecht 391.
Familienvermögen 428.
Fasti 51.
Fauſtpfand 282. 323.
Fehler, phyſiſcher, der verkauften Sachen 341.
Fenus ſ. foenus.
Fictio legis Corneliae 506.
Fictiones juris 153.
Fideicommissum 546. 549 f.
— hereditatis 559 f.
— tacitum 574.
Fidejussio 333 f.
Fidepromissio 328.
Fides ſ. bona fides.
Fiducia 221. 275.
Fiduciaria tutela ſ. tutela.
Fiduciarius heres 559.
Filii vindicatio 426.
Filius-, filiafamilias 173. 197 f. 424. f.
Finden 229.
Finium regundorum judicium ſ. judicium.
Fiscus 178. 570.

Flamen dialis 444.
Flumen publicum 235.
Foenus 299. unciarium 299.
Forderung s. obligatio.
Formula 140 f. per formulam agere 154.
— in jus und in factum concepta 148.
— petitoria 219. not.
Forum 135.
Fragmenta Vaticana 80.
Fructus, Erwerb derselben 237.
Fructuum perceptio und separatio 237.
Fundus dotalis 408.
Furiosi 471.
Fur improbus 361 f.
Furtivae res s. res.
Furtum rei, usus, possessionis; manifestum, et nec manifestum, conceptum, oblatum, prohibitum, non exhibitum 361 f.
Furtum unter Ehegatten 404.

G.

Gaius 69.
Gebrechliche 471.
Gemeine deutsche Praxis 110.
Gentes 199.
Gentiles 199 f. 509.
Gerechtigkeit 4.
Gerere pro herede 526. 534.
Gerichtsgebrauch 55.
Geschichtschreiber, röm. und griechische 21.
Geschlechtsvormund s. tutela mulierum.
Geschwister, vollbürtige und halbbürtige 514. 521.
Gesellschaftscontract 345.
Gesetze, publicirte 9.
Gewährleistung bei dem Kaufcontracte 341.
Gewohnheitsrecht 9 f. 59.
Gläubiger 288. s. auch creditor.
Glossa interlinearis, ordinaria 100. Quod glossa non agnoscit, nec forum agnoscit 104.
Glosse und Glossatoren 100.
Gothofredus, Dionysius 113.
Gradus der Verwandtschaft 198.
Grundstücke in Italien und in den Provinzen 209. 218.

H.

Habere licere 341.
Habitatio 261.
Haereticus s. Ketzer.
Hadrian 63. 68. 77.
Halbbürtigkeit 198.
Handlungen 126.
Handschriften des corpus juris 117 f.
Harmenopulus 97.
Herciscundi 69.
Heredes sui 128.
— necessarii et extranei 530.
Heredis institutio 492. 502. 524.
— substitutio 504 f.
Hereditas im Gegensatze der bonorum possessio 481.
— fideicommissaria 559.
— jacens 532.
Hereditatis aditio mehrerer verschiedener Formen 526.
— delatio s. delatio.
— petitio 537.
— venditio 576.
Heres 481.
— directus 500.
— fideicommissarius 500. 559.
— fiduciarius 559.
— primus (institutus), secundus s. substitutus 504.
— semel semper heres 532. 554.
Hinterlegungscontract 322.
Homo liber 169. sui vel alieni juris 174.
Honorirt 553.
Honorum jus s. jus.
Hostis 35. 187. 240.
Hyperocha 281. 285.
Hypotheca 277. privilegirte Hypotheken 284.

I.

Ignorantia 314.
Imperatores 57.
Imperatoriae constitutiones 115.
Imperium 135.
Improba usucapio s. usucapio.
Improbi et intestabiles 190.
Improbus fur s. fur.
Impuberes 452.
Incertae personae 501.
Incertum 290.
Incestus 395.
Indebiti condictio 357.
— solutio 357.
Indignitas 566. 573 f.
Individua pignoris causa 280.
Infamia 190. 381. 401.
Infans 459.
Ingenuus 185.

Inhalt des Teſtamentes, weſentlicher und blos zufälliger 491.
Injuria 4. 359. 367 f.
Inſchriften als Quellen der Kunde des röm. Rechts 20.
Inscriptio 62. 85. 93.
Inſinuation der Schenkungen 353.
Institutio ſ. heredis institutio.
Inſtitutionen des röm. Rechts als Vorleſung 19.
Institutiones 69. Justiniani 92.
Instrumenta 152.
— dotalia s. nuptialia 401.
— publice vel quasi publice confecta 284.
Insula in flumine publico nata 235.
Intentio 154.
— juris civilis 148. 154.
Intercessio 334 f.
Interdicta 144.
— recuperandae vel retinendae possessionis 216 f.
Interdictio aquae et ignis 188.
Interdictum de liberis exhibendis et ducendis 427.
— de superficie 274.
— quorum bonorum 482. 486. 538.
— unde vi 215.
— utrubi u. uti possidetis 216.
Interdictsbeſitz 216.
Intereſſe, juriſtiſches 290. Wegfallen deſſelben 390.
Interest, id quod 296.
Interlocutiones 158.
Interpolationen 88.
Interponere auctoritatem 451 f. 460.
Interpretatio juris civilis 52.
Intestabilis 190.
Inteſtaterbfolge 505 f. Geſchichte derſelben 509 f.
Intestatus 505. nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest 480.
Inventarium 534.
Ioannes 83.
Irnerius 100.
Irritum testamentum ſ. testamentum.
Irrthum 314.
Italicum solum 208.
Iter 259.

J.

Jagd 229.
Juden 192.
Judex 140.
— qui litem suam facit 370.
Judicatum 160.
Judicia extraordinaria 135.
— legitima und jud. quae imperio continentur 162.
— prodita 148.
— stricti juris u. bonae fidei 147.
Judicium im Gegenſatze von jus 136.
— accipere 151.
— communi dividundo, divisorium, familiae herciscundae, finium regundorum ſ. actio.
— morum 416.
— propinquorum 403.
Julianus Salvius 63.
Julius Anteceſſor 96.
Julius Cäſar 56.
Jura ſ. Rechte.
— familiae 129.
— in re 129. 209 f.
— in re aliena 210. 256 f.
— possessionis 215.
— potestatis 129.
— status 129.
Juramentum in litem 296.
Jurata promissio operarum liberti 331.
Juridici 63.
Juris auctores, conditores 66.
Juris consulti und deren Schriften 51 f. 66 f. Schulen derſelben 67 f.
Jurisdictio 134.
— perpetua 46.
Jurisprudentia, scientia 16.
Juris vinculum ſ. vinculum.
Jus ſ. Recht.
— als Familien- oder Privatgewalt 173.
— als Gegenſatz von judicium 136.
— adcrescendi ſ. Anwachſungsrecht.
— Aelianum 55.
— aequum 49. 74.
— antiquum in caducis 571.
— aureorum annulorum 185 f.
— civile 5. 34 f. 49. 53.
— commercii 187.
— connubii 187.
— criminale 37.
— disponendi 212.
— edicendi 46 f.
— facere 39.
— Flavianum 53.
— gentium 34. 47. 76.
— honorarium 37. 49.
— honorum 187.
— humanum 16.

Jus in agro vectigali, patrimoniali, emphyteuticario 270.
— in re, für Servitut 256.
— italicum 208.
— liberorum 423.
— naturale 36.
— noxae dandi 426.
— offerendi et succedendi 285.
— Papirianum 28.
— poenitendi 326.
— postliminii f. postliminium.
— praetorium 36. 49 f.
— privatum 5. 28.
— publicum 5. 28.
— Quiritium (nudum) 224.
— quod ad personas, vel ad res, vel ad actiones pertinet 134.
— receptum 53.
— retinendi 280.
— sacrum 6. 16.
— scriptum v. non scriptum 13. 37.
— strictum 49. 74. 165.
— suffragii 187.
— utendi et fruendi 212.
— vendendi s. distrahendi 280.
— vitae et necis 426.
Justa causa restitutionis 166.
— traditionis 221. 232.
Justinianea emancipatio 446.
Justinianistae 95.
Justinian, seine Regierung und seine Rechtsreform 19. 81 f.
Justus titulus f. titulus.

K.

Kalender 51.
Kaufcontract 340 f.
Kaufgeld 340.
Ketzer 192.
Kinderlosigkeit 422.
Kirchenrecht 7.
Kirchenväter 21.
Klagbarkeit der Obligationen 301.
Klagen f. actio, actiones, interdicta, judicia.
Kläger f. actor.

L.

Labeo, Antistius 68
Laesio 166.
Lata culpa f. culpa.
Latini 189. coloniarii, Juniani 184. 189.
Lectio vulgata 101.
Legata 546 f. ihre Verschmelzung mit den Fideicommissen 552 f.
Legatarius 547.
Legati agnitio 564.
— ademtio 567.
— translatio 567.
Legatum per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per praeceptionem 265. 547.
Legatum non scriptum 566.
— partitionis 558 f.
— poenae nomine 554.
Legem ferre, perferre, suadere, abrogare 43.
Leges 28.
— annuae 48.
— barbarorum 82.
— duodecim tabularum 29 f.
— edictales 61.
— fugitivae 89.
— geminatae 89.
— generales 61.
— Juliae 140.
— perpetuae 61.
— perfectae, imperfectae, minus quam perfectae 40.
— populi 41 f.
— Publiliae 42.
— regiae 28.
— restitutae 118.
Legi derogare, obrogare, subrogare 43.
Legis actiones 140. 440.
— vicem vel vigorem habere 49. 59. 67.
Legitima f. Pflichttheil.
— judicia f. judicia.
— successio 509.
Legitimation unehelicher Kinder 437.
Legitimus modus bei der lex Cincia 352.
Leihecontract 321.
Leistung 288.
Leo Philosophus 96.
Leonis Novellae 97.
Levis culpa f. culpa.
Lex als Erwerbungsart des quiritarischen Eigenthums 222.
— Aebutia 140.
— Aelia Sentia 183.
— Aquilia 294. 365.
— Atilia 456.
— Atinia 241.
— Canuleja 397.
— Cincia 352.
— Claudia 469.
— commissoria 281.
— Cornelia 48. 368. 506.
— Duillia Maenia 299.
— Falcidia 556. 560.

Lex Furia 556.
— Gabinia 299.
— Genucia 299.
— Hortensia 42.
— de imperio 57.
— Julia de adulteriis 395. 408. 415.
— Julia judiciaria 163. 381.
— Julia et Papia Poppaea 59. 395. 397. 419. 423. 468. 564. 569. 570. 571.
— Julia et Titia 456.
— Junia Norbana 183.
— Junia Velleja 501.
— Licinia 299.
— mancipii 221.
— Plaetoria 471.
— Poetelia Papiria 380.
— Publilia 42.
— regia 57.
— remancipationis 275.
— romana 82.
— — Burgundionum 82.
— — Visigothorum 82.
— Scribonia 265.
— Voconia 501. 556.
Libellus conventionis 143.
— principis 60.
Liber ordinarius (der Novellen) 102.
— de pace constantiae 115.
Libera respublica 26. Untergang derselben 33. 57.
Liberatio legata 558.
Liberi legitimi, illegitimi 420.
— naturales 395.
Libertas 178. in libertate esse 183.
— der Sachen 266.
Liberti, libertini 185.
— orcini 553.
Libri feudorum 115.
— juris civilis 70.
— opinionum variarum lectionum 70.
Libripens 221.
Linien der Verwandtschaft 198. Theilung der Erbschaft nach Linien s. Theilung.
Lis contestata, inchoata, ordinata 150 f.
Litera communis 118.
— florentina 118.
— pisana 118.
Literae 318. 337. 374. 387.
Litis contestatio 150 f.
— denunciatio 139.
Locatio conductio 343.
— rerum, operarum, operis 344.
Longa quasi possessio 265.
Longi temporis praescriptio s. praescriptio.
Longobarden und Franken im ehemaligen röm. Reiche 99.
Longum tempus 240. 265.
Lydus, Ioannes 81.

M.

Magister bonorum 246.
Magistratus juri dicundo 47. 134 f.
— populi et plebis 42 f. 43.
Malae fidei possessor 238.
Maleficium 358.
Mancipatio 220. bei Servituten 264.
Mancipium 174.
Mandare actionem s. actionem.
Mandata 61.
Mandatum 347.
Manichäer 192.
Manumissio 183 f.
Manum conserere 219. not.
Manus mariti 174 f. 393.
— injectio 139. 161.
— militaris 161.
Martinus 104.
Mater semper certa est 420.
Matrimonii onera 406.
Matrimonium 393.
Medaillen als Quelle der Kunde des römischen Rechts 20.
Membrum ruptum 368.
Mehrheit von Creditoren und Debitoren 307 f.
Menschen, als solche 171.
Mieth- oder Pachtcontract 343 f.
Miethgeld 343.
Milites 432. 534. 496.
Minderjährige 471 f.
Miscelliones 69.
Missio in possessionem 161. 164. 218.
Miterben 532. 539 f.
Mittelstufen zwischen cives romani u. peregrini 188.
Mitvormünder 460.
Modus 127.
Mora 298. creditoris s. accipiendi, debitoris s. solvendi 378 f.
Moral 3. s. Recht.
Mores graviores, leviores 416.
— majorum 55.
Mortis causa capio 569.
— donatio 562.
Mos 55.
Münzen, als Quelle der Kunde des röm. Rechts 20.
Mulieres 467. s. auch tutela mul.

Mutter und Großmutter können Vormünderinnen ihrer Kinder und Enkel werden 454. müssen um Bestellung eines Tutors bitten 457.
Mutuum 320 f.

N.

Nachlaß 476. f. auch Erbschaft und Verlassenschaft.
Nasciturus 172.
Natalium restitutio 185.
Naturrecht 18.
Nautae, caupones et stabularii 371.
Necessarii heredes 530.
Nectere 289.
Negatoria actio f. actio,
Negligentia 294.
Negotia 126. bonae fidei 383.
Negotiorum gestio 356. von Seiten des tutor 459.
Nexi liberatio, obligatio 374. 387.
Nexum 289. 317.
Nichtschuld 301.
Nießbrauch 261.
Nomen legatum 558.
— gentis 200.
Nomina arcaria 336.
— hereditaria sunt ipso jure divisa 539.
— transscriptitia 337.
Non usus 266.
Nota censoria 190.
Nothwehr 133.
Notitia dignitatum 80.
Novatio 333. 384.
Novella 118. Succession danach 513 f.
— 115. und ihre besonderen Bestimmungen 523 f.
Novellae constitutiones 79. 84. Justinian's 93. 120.
— späterer Kaiser 96.
Noxae dare 372. 444.
Nudum jus Quiritium 224.
Nullum testamentum f. testamentum.
Nuncupatio 317. testamenti 494.
Nuptiae 392.
— secundae 418.

O.

Oblatio curiae 437.
Obligare 289.
Obligatio 130. 289. pro rata 307. als Grundlage des Pfandrechts 278.
Obligationenrecht 288 f.
Obligationes, ihr Gegenstand und Inhalt 289. ihre Entstehung und Begründung 310 f. ihre Auflösung 373 f.
— certae et incertae 290.
— civiles 301.
— ex contractu 311.
— ex delicto s. maleficio 311. 359 f.
— ex variis causarum figuris 311.
— honorariae, praetoriae 302.
— in solidum 307.
— naturales 301 f.
— plurium 307.
— quae consensu contrahuntur 318. 339.
— quae literis contrahuntur 318. 337.
— quae re contrahuntur 318.
— quae verbis contrahuntur 318. 330.
— quae quasi ex contractu nascuntur 311. 355. 450.
— quae quasi ex delicto s. maleficio nascuntur 311. 369 f.
Obsequium 421.
Occupatio 229. der bona vacantia 544.
Obofredus 106.
Officia 73.
Ofilius 68.
Omissio diligentiae 294.
Omnis causa 249.
Oneratus 558.
Oneris ferendi servitus 259.
Operae liberti 331.
— locari solitae, illiberales 344.
— servorum vel animalium 261.
Operis locatio 344.
Opiniones Ictorum 67. 77.
Optio tutoris 468.
Orare 138.
Oratio principis 60.
Orbus 423.
Orcinus libertus f. libertus.
Ordines, Classen bei der Intestaterbfolge 513 f.
Ordinum successio f. successio.
Ordo judiciorum privatorum 135 f.

P.

Pacta 312. 315.
— adjecta 349.
— dotalia s. nuptialia 399. 413.
— legitima 351.
— praetoria 350.
Pactiones 312.
Pactum de non petendo 387.

Pactum hypothecae 279.
Pandectae von Justinian 86. ihre Eintheilung in partes und tractatus 89.
Pandekten des röm. Rechts 19.
Papinian 77.
Papiniani responsa 82.
Papinianistae 95.
Papirius 28.
Paragraphen 85. 93.
Paraphernalia bona 413.
Paratitla 90.
Partes secare 380.
— s. tractatus 89.
— tres 114.
Partitio legata 558.
Partus 172.
Pater est, quem nuptiae demonstrant 420.
Paterfamilias 173. 197.
— bonus 295.
Patrizier und Plebejer 25.
Patrimonialis ager s. ager.
Patrimonium 205. quasi patrimonium 430.
Patronatus 186. Erbansprüche daraus 510. 529.
Patronus 52. 185.
Paulus 72. 77.
Pauperies 371.
Peculiotenus 430.
Peculium 430 f.
— adventitium 432.
— castrense u. quasi castrense 432.
— profectitium 430.
Pecunia 435.
— credita 321.
Pegasianer 69.
Pensio 274.
Perceptio 238. 272.
Peregrinus 35. 169. 187.
Periculum rei emtae 341.
Perioden der Rechtsgeschichte 22 f.
Perpetua causa (servitutum) 258.
— mulierum tutela 468.
Persecutio 144. 550.
Persona 168 f.
Personae, res et actiones 92.
— alieno juri subjectae 129.
— exceptae 352.
— incertae 501.
— liberae, Erwerb durch dieselben 303.
Personalservituten s. servitutes.
Personen, juristische 176 f.
Personeneinheit 425.
Personenrecht 168.
Persönliche Rechte, Princip derselben im Mittelalter 99.
Petere 386.
Petitio 145.
— hereditatis 536.
Pfandgläubiger s. Pfandrecht und creditores.
Pfandrecht 274 f. Erlöschen desselben 286.
— öffentliches 285.
— privilegirtes 284.
Pflanzen 235.
Pflichttheil 520.
Pignoris capio 139. 161. 276. 279.
— causa est individua 280.
Pignus 276. 277. 278. 320. 323.
— in causa judicati captum 279.
Placita principum 60.
Plebejer 25.
Plebiscita 41.
Poena dupli 366.
— privata 360.
Poenae orbitatis 423.
— secundarum nuptiarum 418.
Poenitere 326.
Politianus 107.
Pollicitatio 313.
— dotis 331. 407.
Pontifex maximus 57.
Pontifices 27.
Populiscita 41.
Populus 25. 41.
Portio legitima s. legitima und Pflichttheil.
Possessio 213. 215. Erwerb und Verlust derselben corpore et animo 215 f.
— bonae fidei 225.
— civilis 216. 241.
— longi temporis 241.
— naturalis 214.
— quasi poss. 217. 257. 265.
Possessor bonae fidei erwirbt die Früchte 237.
Possidere s. possessio.
Postliminium 182. 230. 443. 506.
Postulare 139.
Postulatio tutoris suspecti 466.
— judicis 139.
Postumi 501.
— sui 518.
Potestas 173.
— dominica 175. 245.
— patria 174. 423 f.
Practiker 107.
Praeceptio s. legatum.
Praedes litis et vindiciarum 219. not.
Praedia provincialia 268.

Praedia rustica et urbana 259.
— rustica et suburbana 462.
— vicina 259.
Praefatio der Novellen 93.
Praefecti 66.
— praetorio 93.
Praefectura morum 57.
Praejudicia 149.
Praejudicium de partu agnoscendo 421.
Praelegata 554.
Praescriptio s. exceptio 155.
— longi temporis 240.
— longissimi temporis 242.
— quadriennii 570.
— temporis triginta annorum 156.
Praesentes, absentes 248.
Praesides provinciarum, deren imperium 135.
Praestare 290. damnum 293.
Praesumtio juris 153. 421.
Präterition im Teſtamente 518.
Praetores 49.
— tutelares 456.
Precario 265.
Pretium 340.
Principes 57.
Principium 89. 93.
Prioritätsverhältniß 283.
Privatrecht 5.
Privatum delictum 359.
Privilegirte Pfandrechte 284.
Privilegium exigendi 381.
Privus 5.
Probare 152 f.
Proceß ſ. Civilproceß.
Proceßverjährung 162.
Proconsules 47.
Proculejani 69.
Procurator 138. 347.
— in rem suam 305.
Prodigi 471.
Promissio 328.
— jurata operarum liberti 331.
Promulgatio legis 43.
Προοίμιον 93.
Proprätoren 47.
Proprium nomen 325.
Proscriptio et venditio bonorum 380.
Provocatio 160 f.
Πρόχειρος νόμος 97.
Prudentes ſ. jurisconsulti.
Pſellus 98.
Publiciana actio ſ. actio.
Pugnus 276.
Pupilli 452. ihre Erziehung 459.
Pupillarſubſtitution 426. 504.

Q.

Quarta falcidia 521. 556.
Quasi possessio 217. 257.
Quaſipupillarſubſtitution 505.
Quasi ususfructus 262.
Quellen des Rechts 9. Quellen der Kunde des röm. Rechts 20.
Querela inofficiosae donationis 522.
— inofficiosi testamenti 522.
Quinquaginta decisiones 84.

R.

Rapina 364.
Re contrahitur obligatio 337 f.
Realcontracte 320. Erweiterung derſelben 225 f.
Realſervituten ſ. servitutes rerum.
Receptio dotis 409.
Reception fremden Rechtes 14 f.
Receptum jus 14. 53.
— nautarum, cauponum, stabulariorum 371.
Rechnungsablage der Tutoren und Curatoren 463. 473.
Recht, ſein Verhältniß zur Moral 2 f. ſein Umfang und Inhalt 12. Fortbildung deſſelben 15. Wiſſenſchaftliche Behandlung deſſelben 16.
— canoniſches 7. 99.
— öffentliches 5.
— poſitives 8 f.
— publicirtes 9 f.
Rechte 4. Allgemeine Vorausſetzungen derſelben 125 f. Erwerb und Verluſt derſelben 126 f. Eintheilung derſelben 128 f. dingliche an fremden Sachen 209. 253.
Rechtsbefugniſſe 4.
Rechtsfreiheit 4.
Rechtsgeſchäfte 126.
Rechtsgeſchichte 17.
Rechtsgewohnheit 10 f.
Rechtsidee, die allgemeine 2.
Rechtspflichten 4.
Rechtsphiloſophie 18 f.
Rechtsquellen ſ. Quellen.
Rechtsſätze, Entſtehung und Aufhebung derſelben 15.
Rechtsſyſtem der röm. Juriſten 130.
Rechtsverhältniſſe 5. höchſtperſönliche 477.
Rechtswiſſenſchaft 16.
Rechtszwang 3.
Recitatio testamenti 498.
Recuperatores 137.
Regia potestas 26.

Regula catoniana 547.
Regulae 70.
Rei, plures bei Obligationen 309.
Rei vindicatio 218. 248. Einleitung des Proceſſes damit 219. not.
Rei vindicatio utilis des Emphyteuta 250.
Religion, chriſtliche, als Staatsreligion im röm. Reiche 74. ihr Einfluß auf Rechtsfähigkeit 192.
Remancipatio 275.
Remissio 344. 386.
Remotio tutoris 466.
Repetitiones 106.
Replica 157.
— rei venditae et traditae 224.
Repräſentation des Erblaſſers durch den Erben 531.
Repudiare hereditatem 528.
Repudium 414.
Rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritas 55.
Res 169. 317. 321. 325.
— communes omnium 206.
— corporales 204.
— creditae 321 f.
— divini et humani juris 206.
— furtivae 241.
— incorporales 204 f.
— judicatae 55. 160.
— mancipi, nec mancipi 208. 221. 227. 259.
— mobiles, immobiles 208.
— nullius 205.
— publicae 206.
— in commercio, extra commercium 207.
— in patrimonio, res extra patrimonium 207.
— quae pondere, numero vel mensura consistunt 208. 297. 321. 351.
— quae usu consumuntur, vel minuuntur 208. 262.
— sacrae, sanctae, religiosae 206.
— singulorum 206.
— soli 208.
— universitatis 206.
— uxoria 406. ſ. auch dos.
— vi possessae 241.
Rescripta 61.
Respondere 52. publice de jure 66.
Responsa prudentium 51. 66. 75.
Reſtitution der dos 408.
Restitutio in integrum 166 f.
— natalium 185.
Retentiones ex dote 416.
— propter liberos 416.
Retentionsrecht des Pfandgläubigers 280.
Reus 142.
Reverentia 421.
Revocation von Schenkungen 353.
Rex 24.
Rogatio legis 43.
Rogatio populi bei der Arrogation 439.
Ruptum testamentum ſ. testamentum.

S.

Sabiniani 69.
Sachen ſ. res. Eintheilung derſelben 203.
Sachenrecht 203.
Sacramentum 139. 219. not.
Sacra privata 199. 570.
Säen 235.
Salvius Julianus 63.
Sanctio legis 40.
Sanctiones pragmaticae 61.
Sanguinis turbatio 418.
Satisdatio 164.
Schadenerſatz 291 f.
Schatz ſ. thesaurus.
Scheidebrief 415.
Scheidung ſ. divortium.
Schenkung ſ. donatio.
Scholaſtiſche Philoſophie 105 f.
Scholiaſten 21.
Scholien 97.
Sclaverei ſ. servi.
Scribentes 105.
Scribere 52.
Scriptores rei agrariae 21.
— rei augustae 21.
— rei rusticae 21.
Sectio bonorum 220.
Secundae nuptiae ſ. Ehe.
Seitenverwandte 198. 514.
Selbſthülfe 133.
Selbſtvertheidigung 133.
Semel heres, semper heres 532. 554.
Senatus 25.
Senatusconsulta 44. 59.
Senatusconsultum Libonianum 497.
— Macedonianum 321.
— Neroniarum 547.
— Orphitianum 511.
— Pegasianum 556. 560.
— Plancianum 241.
— Tertullianum 511.
— Trebellianum 560.
— Vellejanum 335.
Sententia judicis 158 f.
Sententiae jurisconsultorum 67.
— receptae von Paulus 72.
Separatio bonorum 533. 536.

Separatio fructuum 237.
Septimius Severus 457. 462.
Servi 179 f.
Servilis conditio 176.
Servi loco esse 176.
Servitutes 255 f. ihre Begründung und Erlöschung 264. Schutz der Servituten 267.
— personarum 256. 260 f.
— rerum s. praediorum 256 f.
— rusticae und urbanae 259 f.
Servius Tullius 25. 188
Signatio der Testamentszeugen 494.
Societas 345 f.
Socii 189.
Solarium 274.
Solidarobligation 307 f.
Solidi 352.
Solidum 307 f.
Solutio 375 f.
Sors 297.
Spatium deliberandi 527. 534.
Species 230.
Specification 230.
Spondere 328.
Sponsalia 401.
Sponsio 140. 219. not. 328.
Staat, sein Verhältniß zum Recht 2 f.
Stabularii 371.
Stammtafeln 199. not.
Statu liber 183.
Status 169.
— civitatis 169. 187 f.
— familiae 169. 192. 196. 200.
— libertatis 169. 178 f.
— mutatio 197.
— naturales 172.
— quaestio 171.
Stellvertreter vor Gericht 138.
Stephanus 96.
Stiefverwandtschaft 514.
Stillicidii servitus 259.
Stipes communis 199. not.
Stipulatio 327. Arten derselben 329. 331.
— Aquiliana 387.
— partis et pro parte 576.
Stricti juris actiones s. actiones.
Studia generalia 99.
Stuprum 395.
Subhastatio 220.
Subnotationes 61.
Subscriptio 62. 85. der Testamentszeugen 496.
Subscriptiones 61.
Subsequens matrimonium 437.
Substantia salva 262.
Substitutio s. heredis substitutio.
Successio, in legitimis hereditatibus non est successio 511.
— ordinum et graduum 514. 543. 570.
— legitima 505 f. auch Intestaterbfolge.
— per universitatem 245. 570. 572.
— singularis 477.
Successionen auf den Todesfall 568 f.
Successionsfähigkeit 508.
Successionsordnung 508.
Successionsunwürdigkeit s. indignitas.
Successorium edictum 483.
Sui sunt aut instituendi aut exheredandi 519 f.
Superficies 269. 273.
Superfluum 281. 285.
Suspectus tutor 466.
Suus heres 428. 509.
Synallagma 319.
Syngraphae 339.
Synoden, ökumenische 192.

T.

Tabulae testamenti 494.
Talio 368.
Tauschcontract 326.
Tempus longum, longissimum 240 f.
Testamentum 480. 489. 490. seine Form 492. sein Inhalt 492. 499.
— calatis comitiis 493.
— destitutum 506.
— irritum 506.
— militis 496. 519. 534.
— nullum s. injustum 506.
— inofficiosum 522.
— ruptum 506.
— in procinctu 494.
— per aes et libram 494.
— praetorium 494.
— privatum et publicum 496.
Testamente, Geschichte ders. 493 f.
— privilegirte 497.
— schriftliche und mündliche 497 f.
Testamenti factio 490. 491. 502.
Testamento manumissio 183.
Testatio 494.
Testimonium 495.
Theilung der Erbschaft in capita, stirpes u. lineas 515 f.
Theodorici edictum 82.
Theodosius II. 77.
Theophilus 83. 92. 95.
Theoretiker 107.
Thesaurus 229.
Titel 88. 93.

Titulus, justus 241.
Tractatus et sententiae 78.
Traditio 221. 232. 341.
Transmiſſionsfälle 542.
Translatio legati 567.
Trauerjahr 418.
Trebatius 68.
Tribonianus 83.
Tribuni plebis 27. 456.
Tributum u. tributarii 181.
Trientes usurae 298.
Triumviri reipublicae constituendae 56.
Turbatio sanguinis 418.
Turpes personae 191.
Tutela 451. 452 f.
— aetatis 452.
— dativa 456.
— fiduciaria 455.
— impuberum 452.
— legitima 455.
— mulierum 467. 490.
— testamentaria 455.
Tutelae abdicatio 466.
— delatio 454.
Tutor Atilianus 456.
— fiduciarius 455.
Tutoris auctoritas ſ. auctoritas.
— datio 504.
— suspecti remotio 466.

U.

Ulpianus 70.
Ultro citroque obligationes 319.
Unbenannte Realcontracte 325 f.
Unciae als Theile der Erbſchaft 502.
Unciarium foenus ſ. foenus.
Undankbarkeit des Beſchenkten 353.
Universitas 178. 537.
— doctorum et scholarium 99.
Uno solvente reliqui liberantur 308.
Unrecht 4.
Unterſchiebung und Unterſchlagung der Kinder 421.
Urkunden, als Quelle der Kunde des röm. Rechts 22. als Beweismittel im Proceſſe 152.
Usucapio 216. 221. 240.
— libertatis 266.
— lucrativa s. improba 242.
— pro herede 577 f.
Usurae 297.
— centesimae, trientes, besses 298.
— morae 298. 378.
— usurarum 298.
Usuraria pravitas 299.
Usureceptio 275.
Usurpatio 242.
Usus ſ. usucapio.
— servitus 261.
— diuturnus 265.
— auctoritas 240.
Ususfructus 261 f. quasi ususfr. 262.
Uti et frui 262.
Uxor 393.

V.

Valentinian III. 77.
Variae causarum figurae 311.
Väterliche Gewalt ſ. potestas.
Vectigal 272.
Venditio ſ. emtio venditio.
— solennis, imaginaria 221.
— bonorum 246.
Venia aetatis 473.
Venter 172.
Verba 317. 328.
— civilia 547.
— precativa 549.
Verbalcontracte 327.
Verborum obligatio 327.
Verjährung der Klagen 156.
— des Proceſſes 172.
Verkauf des filiusfamilias 425.
Verlaſſenſchaft 476 f. 479.
Verlöbniſſe 401.
Vermächtniſſe 501. 545. Erwerbung derſ. 563. Inhalt und Gegenſtand 558. Schutz derſ. 565. Ungültigkeit derſelben 566.
Vermögen 129.
Vermögensrecht 203.
Vermögensverwaltung des Vormundes 462 f.
Verſatzcontract ſ. pignus.
Versio vulgata 101. 119.
Verſchmelzung der Legate und Fideicommiſſe 552 f.
Verſchwägerung 513.
Verſprechen 312.
Vertheilung der Erbſchaft ſ. Theilung.
Verträge 312. klagbare 313 f. ſ. auch pacta u. contractus.
Verwandte u. Verwandtſchaft, Arten, Grade und Berechnung derſelben 198. not.
Verzug ſ. mora.
Verzugszinſen 298. 378.
Veteres 66.
Vi, clam, precario 265.
Via 259.
Vicesima hereditaria 538.
Vicina praedia ſ. praedia.
Vinculum juris 289.

Vindicatio 143. als Form des Legates s. legata.
Vindicias dicere 219. not.
Vindicta manumissio 183.
Virgo vestalis 444. 468. 510.
Vir et uxor, ihre gegenseitige Erbfolge 511. 515.
Vis 314.
— fluminis 235.
Vocatio in jus 139.
Vollbürtigkeit 198.
Volumina des corpus juris civilis 114.
Volusius Mäcianus 72.
Vormundschaft 201. 448. ihr Zusammenhang mit dem Familienrechte 449. s. auch tutela und cura.
Votum 313.
Vulgarsubstitution 504. bei Legaten 567.

W.

Widerspruchsrecht der Kinder bei der Adoption 440.
Wittwe u. Wittwer, ihre Erbfolge 515.

Z.

Zahlung s. solutio.
Zahlungsunfähigkeit 379 f.
Zeittermin 127. 314.
Zeno 271. 316.
Zeugen bei d. Litiscontestation 152. bei Testament 296. bei Codicillen 550.
Zinscontract 321.
Zinsen 297. von Zinsen 298. bei dem Dahrlehn 321.
Zinswucher 298.

Druck von C. W. Vollrath in Leipzig.

Im Verlage von **Joh. Ambr. Barth** in Leipzig sind erschienen:

d'Alinge (E.), Besrung auf dem Wege der Individualisirung. Erfahrungen eines Praktikers über den Strafvollzug in der Gegenwart etc. 8. geh. 15 Ngr.

Authenticum. Novellarum constitutionum Justiniani versio vulgata etc. Ed. G. E. Heimbach. 8 maj. 2 Vol. broch. 12 Thlr. 24 Ngr.

Basilicorum libri LX. Post Annibalis Fabroti curas ope Codd. Mss. a G. E. Heimbachio aliisque collatorum ed. Dr. C. G. E. Heimbach. Tom. I—V et Supplementum a. C. E. Zachariae a Lingenthal. 4 maj. cart. 37 Thlr. 10 Ngr.

Clossius (W. F.), Hermeneutik des Römischen Rechts und Einleitung in das Corpus juris civilis im Grundrisse. Mit einer Chrestomathie von Quellen. gr. 8. 2 Thlr. 6 Ngr.

Codicis Theodosiani libri V priores. Ed. C. F. Chr. Wenck. 8 maj. Charta impr. 1 Thlr. 21 Ngr. Charta script. 2 Thlr. 3 Ngr.

Collectio librorum juris graeco-romani ineditorum. — Ecloga Leonis et Constantini, Epanagoge Basilii Leonis et Alexandri. Edidit C. E. Zachariae a Lingenthal. gr. 8. broch. 1 Thlr. 15 Ngr.

Erxleben (A.), die Condictiones sine causa. Erste Abtheilung: die condictio indebiti. gr. 8. 1 Thlr.

Examinatorium über römische und außerrömische Rechtsdisciplinen zur Vorbereitung für die juristischen Examina. Von einem praktischen Juristen. gr. 8. geh. 22½ Ngr.

Haubold (C. G.), Opuscula academica ad exempla a defuncto recognita. Ed. C. F. Wenck. eoque defuncto absolvit F. C. G. Stieber. 2 Vol. 8 maj. 10 Thlr.

Heimbach (G. E.), die Lehre von dem Creditum nach den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten. gr. 8. 3 Thlr. 21 Ngr.

Heineccius (J. G.), elementa juris civilis secundum ordinem institutionum. Editio IIa. quam curavit Bienerus. 8 maj. 1 Thlr. 6 Ngr.

Hoffmann (Chr. F.), Handbuch des in dem Königlich Preußischen Herzogthume Sachsen gegenwärtig geltenden Lehnrechts. gr. 8. geh. 21 Ngr.

Holtzendorff (F. von), die Deportation als Strafmittel in alter und neuer Zeit und die Verbrechercolonien der Engländer und Franzosen in ihrer geschichtlichen Entwickelung und criminalpolitischen Bedeutung dargestellt. gr. 8. geh. 3 Thlr.

—— die Deportationsstrafe im römischen Alterthum hinsichtlich ihrer Entstehung und rechtsgeschichtlichen Entwickelung dargestellt. gr. 8. geh. 20 Ngr. (Aus dessen: Die Deportation als Strafmittel etc. besonders abgedruckt.)

—— das irische Gefängnisssystem, insbesondere die Zwischenanstalten vor Entlassung der Sträflinge. 8. geh. 24 Ngr.

—— Bemerkungen und Beobachtungen über den gegenwärtigen Zustand der irischen Gefängnißeinrichtungen. gr. 4. geh. 10 Ngr. (Aus der Allg. Deutschen Strafrechtszeitung 1862 besonders abgedruckt.)

—— die Kürzungsfähigkeit der Freiheitsstrafen und die bedingte Freilassung der Sträflinge in ihrem Verhältnisse zum Strafmasse und zu den Strafzwecken. 8. geh. 20 Ngr.

—— französische Rechtszustände, insbesondere die Resultate der Strafgerichtspflege in Frankreich und die Zwangscolonisation von Cayenne. — Zwei Vorträge. 8. geh. 10 Ngr.

John (R. E.), Kritik des Preußischen Gesetz-Entwurfes über die Verantwortlichkeit der Minister nebst einem Gegen-Entwurfe. 2. unveränderte Auflage. gr. 8. geh. 15 Ngr.

von Krähwel (R.), Bedenken über das Französische Wesen der für Preußen, Baiern und von der Commission in Hannover ausgearbeiteten Entwürfe einer bürgerlichen Proceßordnung. gr. 8. geh. 18 Ngr.

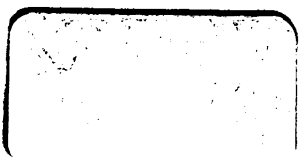
Marezoll (Th.), das gemeine deutsche Criminalrecht, als Grundlage der neueren deutschen Strafgesetzgebungen. 3. Aufl. gr. 8. geh. 3 Thlr.

—— Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts. 8. Aufl. gr. 8. geh. 2 Thlr. 15 Ngr.

Osenbrüggen (E.), de jure belli et pacis Romanorum liber singularis, 8 maj. 15 Ngr.

Puchta (G. F.), Pandekten. Nach dem Tode des Verfassers besorgt von A. F. Rudorff. 9. Aufl. gr. 8. geh. 4 Thlr.

Schirmer (Th.), Handbuch des Römischen Erbrechtes. Aus den Quellen und mit Rücksicht auf die gemeinrechtliche Praxis bearbeitet. *Erster Theil.* Die allgemeinen Lehren und das Intestaterbrecht enthaltend. gr. 8. geh. 1 Thlr. 15 Ngr.

Allgemeine deutsche Strafrechtszeitung zur Förderung einheitlicher Entwickelung auf den Gebieten des Strafrechtes, des Strafprocesses und des Gefängnißwesens, sowie für strafgerichtliche Medicin. Herausg. von Prof. Dr. Franz von Holtzendorff. gr. 4. Preis für einen Jahrgang (von 12 Heften) 4 Thlr. (Erschienen der I.—IV. Jahrgang [1861—1864] vollständig; wird fortgesetzt.)

E R.L.K.